

Das negative Interesse im Verhältnis zum positiven Interesse

Dissertation
der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

Max Keller

von Zürich und Beringen (Schaffh.)

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. K. Otfinger

Das negative Interesse im Verhältnis zum positiven Interesse

Dissertation

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

Max Keller

von Zürich und Beringen (Schaffh.)

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. K. Oftinger

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 30. Oktober 1948

Der Dekan
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät:
Prof. Dr. K. Käfer

Diese Arbeit erscheint auch als
Heft 157
der «Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft»



Inhaltsverzeichnis

I. Buch: Problemstellung

1. Kapitel: Begriffe

	Seite
§ 1. Begriff des Interesses im allgemeinen Sinn	1
§ 2. Begriff des Interesses im engsten Sinn des Wortes	3
I. Begriff des positiven Interesses	3
II. Begriff des negativen Interesses	5
A. Abgrenzung gegenüber dem positiven Interesse	5
B. Stellung im Rahmen der „culpa in contrahendo“	7
C. Definition auf Grund dieser Abgrenzungen	10

2. Kapitel: Problem

§ 3. Das Trennende des negativen und des positiven Interesses und die Frage der Berechtigung der Unterscheidung der entsprechenden Kausalreihen	12
I. Vom Standpunkt der Logik	12
II. Vom Standpunkt der Gerechtigkeit	13
§ 4. Das Trennende des negativen und des positiven Interesses im Rahmen des Gemeinsamen	15
I. Das Trennende unter dem gemeinsamen Gesichtspunkt der Vertrauensäuschung	15
A. Täuschung des Vertrauens in die Erfüllung des Vertrages	16
B. Erweckung und Täuschung des Vertrauens in die Wirksamkeit des Vertrages, bzw. darauf, daß dieser zustande gekommen sei, bzw. zustande kommen werde	16
II. Das Trennende des negativen und des positiven Interesses unter dem gemeinsamen Gesichtspunkt des Schadenersatzes	16
A. Schadensberechnung	16
1. Schaden	17
a. Allgemeines	17

	Seite
b. Typische Schadensformen der beiden Interessen	18
aa. Typische Schadensform des positiven Interesses (Entgangener Gewinn)	18
bb. Typische Schadensform des negativen Interesses (Positiver Schaden)	19
2. Schädigendes Verhalten	20
a. Positives Interesse	20
b. Negatives Interesse	20
3. Kausalzusammenhang	22
a. Positives Interesse	22
b. Negatives Interesse	22
B. Schadenersatzbemessung	23
C. Haftungsprinzip	23

II. Buch: Lösung des Problems

1. Kapitel: Die negative Interessehaftung ohne positivrechtliche Grundlage

§ 5. Die gemeinrechtlichen Konstruktionen der negativen Interessehaftung und ihre Würdigung	25
I. Allgemeine Betrachtungen	25
II. Die einzelnen Konstruktionen	28
A. Die formaljuristischen Konstruktionen	28
1. Die romanistischen Begründungsversuche der negativen Interessehaftung	28
a. Versuche eines positivrechtlichen Nachweises der negativen Interessehaftung als solcher in den römischen Quellen	28
aa. Die Theorie der „culpa in contrahendo“ (Vertragliche Haftung)	28
bb. Die Theorie des Veranlassungsprinzips, aufgebaut auf dem römischen Recht (Außervertragliche Haftung)	47
b. Versuche eines positivrechtlichen Nachweises der negativen Interessehaftung auf Grund allgemeiner Haftungsgrundsätze	51

	Seite
aa. Vertragliche Haftung	51
aaa. Eigentliche Vertragsklage	
bbb. Garantievertrag	
ccc. Mandat	
bb. Außervertragliche Haftung: Actio doli . . .	60
2. Der germanistische Begründungsversuch der negativen Interessehaftung: Die Theorie des Veranlassungsprin- zips, aufgebaut auf dem germanischen Recht . . .	62
B. Die rechtsphilosophische Konstruktion der „Bona fides“- Theorie	63
III. Ergebnis	63
§ 6. Die richtige Lösung des Problems im gemeinen Recht . . .	64

2. Kapitel: Die erkenntnistheoretische Betrachtung der positivrechtlichen Geltung der negativen Inter- essehaftung

§ 7. Im BGB	66
I. Die Grundlagen der negativen Interessehaftung: Deren Stel- lung innerhalb der objektiven Schadenshaftung	66
A. Die auf ein Haftungsprinzip gerichteten Theorien über die Gründe der objektiven Schadenszurechnung	66
B. Die Theorie auf Grund der wahren Erkenntnis der Grund- lagen der objektiven Schadenszurechnung	69
II. Positivrechtliche Auswirkungen	72
A. Der objektive Rechtsgrund: Natur der negativen Inter- essehaftung	72
1. Kritik der Theorien	72
a. Die Deliktstheorien	72
b. Die Vertragstheorien	76
c. Die Theorien der Haftung aus selbständigen Gründen	77
aa. Deliktsähnlichkeit	78
bb. Vertragsähnlichkeit	78
2. Richtige Lösung des Problems für das BGB	79
B. Der subjektive Rechtsgrund: Das Haftungsprinzip . . .	82

	Seite
§ 8. Im alt OR und im rev. OR	84
I. Die Grundlagen der negativen Interessehaftung	84
A. Prinzip von Treu und Glauben	84
B. Vertrauensschutz als Ausfluß des Prinzips von Treu und Glauben und als unmittelbare Grundlage der negativen Interessehaftung	85
II. Positivrechtliche Auswirkungen	86
A. Anerkennung des Vertrauens als berechtigtes und Schutz dieses Vertrauens	87
1. Schutz des Vertrauens in die Wirksamkeit des Vertrages	89
a. Relative Nichtigkeit	89
b. Nichtigkeit	91
2. Schutz des Vertrauens darauf, daß der Vertrag zustande gekommen sei	92
B. Natur und Grund der negativen Interessehaftung	94
1. Kritik der Theorien	94
a. Die Deliktstheorien	94
b. Die Vertragstheorien	98
c. Die Theorien der Haftung aus selbständigen Gründen	98
aa. Deliktsähnlichkeit	98
bb. Vertragsähnlichkeit	99
2. Lösung des Problems unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes	101
a. Ergebnis	101
b. Auswirkungen	105
aa. Haftung des Geschäftsherrn für seine Angestellten	105
bb. Beweislast	106
cc. Verjährung	107

III. Buch: Auswirkungen der Lösung des Problems

1. Kapitel: Der Rechtsbestand der negativen Interessehaftung im geltenden schweizerischen Recht

§ 9. Anwendungsgebiet der negativen Interessehaftung	110
I. Die negative Interessehaftung als Folge der Verletzung einer außervertraglichen Pflicht	110

	Seite
A. Normierung der negativen Interessshaftung	110
1. Schutz des Vertrauens in die Wirksamkeit des Vertrages: Relative Nichtigkeit	110
a. Irrtum	110
aa. Irrtum auf seiten des Anfechtenden	110
bb. Unrichtige Uebermittlung	115
cc. Nicht erkannter und nicht erkennbarer Scherz	115
b. Furchterregung	116
2. Schutz des Vertrauens darauf, daß der Vertrag zustande gekommen sei	116
a. Mangel im Willen	116
aa. Scheinbare Stellvertretung	116
aaa. Vollmachtlose Stellvertretung	
bbb. Unterlassung der Aufforderung zur Rückgabe der Vollmachtsurkunde	
bb. Unterlassen der Anzeige vom verspäteten Eintreffen der Annahmeerklärung	119
b. Mangel in der Person (Urteilsfähige Unmündige und Entmündigte)	121
B. Negative Interessshaftung auf Grund der in den besonderen Regelungen ausgedrückten Prinzipien	124
1. Auf Grund des Schutzes des Vertrauens in die Wirksamkeit des Vertrages	124
a. Nichtigkeit des Vertrages	124
aa. Unzulässigkeit des Vertragsinhalts, bzw. des Vertragsschlusses	124
aaa. Unmöglichkeit des Vertragsinhaltes	
aaaa. Ursprüngliche objektive Unmöglichkeit	
aaaaa. Haftung des Schuldners der unmöglichen Leistung	
bbbb. Haftung des Gläubigers der unmöglichen Leistung	
bbbb. Nachträgliche objektive Unmöglichkeit (Unmöglichwerden einer Leistung)	
bbb. Widerrechtlichkeit einer versprochenen Leistung	
aaaa. Haftung des Schuldners der widerrechtlichen Leistung	
bbbb. Haftung des Gläubigers der widerrechtlichen Leistung	

ccc.	Verstoß gegen die guten Sitten als besondere Art der Widerrechtlichkeit	
aaaa.	Widerrechtlichkeit wegen Verletzung von Rechtsgütern	
bbbb.	Widerrechtlichkeit auf Grund der Statuierung der Nichtigkeit unsittlicher Verträge	
cccc.	Die einzelnen Typen des Verstoßes gegen die guten Sitten	
aaaaa.	Unsittlichkeit des Vertragsinhalts	
aaaaaa.	Unmittelbarer Verstoß gegen die guten Sitten	
bbbbbb.	Mittelbarer Verstoß gegen die guten Sitten	
bbbbb.	Unsittlichkeit des Vertragsabschlusses	
aaaaaa.	Unsittlichkeit des Vertragsabschlusses an sich	
aaaaaaa.	Verpflichtung zu einem Verhalten, das Ausfluß freien Entschlusses sein sollte	
bbbbbbb.	Unsittlichkeit der Verpflichtung zu einem Verhalten, das die Freiheit übermäßig beschränkt	
bbbbbb.	Unsittlichkeit des Vertragsabschlusses wegen des Entgelts für eine bestimmte Verpflichtung	
aaaaaaa.	Unmittelbarer Verstoß gegen die guten Sitten	
bbbbbbb.	Mittelbarer Verstoß gegen die guten Sitten	
bb.	Formmangel	142
b.	Relative Nichtigkeit	145
aa.	Offenbarer Willensmangel (Furchterregung)	145
aaa.	Furchterregung seitens des Gegenkontrahenten	
bbb.	Furchterregung seitens eines Dritten	
aaaa.	Haftung des Anfechtungsgegners	
bbbb.	Haftung des drohenden Dritten	
bb.	Versteckter Willensmangel	147
aaa.	Irrtum (Haftung des Anfechtungsgegners)	
bbb.	Absichtliche Täuschung (Haftung des Anfechtungsgegners)	
aaaa.	Täuschung durch den Anfechtungsgegner	
bbbb.	Täuschung durch einen Dritten	
2.	Auf Grund des Schutzes des Vertrauens darauf, daß der Vertrag zustande gekommen sei	153
a.	Auseinanderfallen der Willenserklärungen (Dissens)	154
aa.	Offener Dissens	155

	Seite
bb. Versteckter Dissens	156
b. Mangelnder Wille und mangelnde Erklärung auf seiten einer Vertragspartei	156
aa. Physischer Zwang	156
bb. Fälschung	157
cc. Verfälschung	158
c. Rechtlich unbeachtlicher Wille und unbeachtliche Erklärung	159
aa. Haftung Urteilsunfähiger	159
bb. Haftung vorübergehend Urteilsunfähiger	160
d. Absichtliche Divergenz zwischen Wille und Erklärung	160
aa. Als Mittel zum Zweck	160
aaa. Mentalreservation	
bbb. Simulation	
bb. Als Selbstzweck	162
aaa. Erkennbarkeit des Mangels der Ernstlichkeit (Scherz, Prahlerei, Belehrung, Willenserklärungen auf der Bühne)	
aaaa. Scherz	
bbbb. Die übrigen Fälle der Erkennbarkeit	
bbb. Nichterkennbarkeit des Mangels der Ernstlichkeit (Simulation)	
e. Wegfall der Bindung an eine Offerte im Falle des Vertrauens darauf, daß die Bindung an sie noch bestehe	169
f. Widerruf der Auslobung	171
aa. Pollizitationstheorie	172
bb. Vertragstheorie	173
II. Die negative Interessehaftung trotz Verletzung einer ver- traglichen Pflicht	180
A. Grundsatz für den Rücktritt	180
B. Das Verhältnis der Vertragsauflösung zum Grundsatz der negativen Interessehaftung im Falle des Rücktritts infolge Verzuges	187
1. Anwendungsbereich des Grundsatzes von OR 109/II	187
a. Anwendung dieses Grundsatzes im Falle mangelnder Regelung der Vertragsauflösung infolge Verzuges	187

aa. Bei gesetzlich normierten Vertragstypen

aaa. Im OR

- 1) Kaufvertrag (Verzug des Verkäufers im allgemeinen kaufmännischen und im bürgerlichen Verkehr)
- 2) Tauschvertrag
- 3) Entgeltliches Darlehen
- 3a) Verzug des Darleihers
- 3b) Verzug des Borgers
- 4) Miete und Pacht (Verzug des Vermieters, bzw. des Verpächters)
- 5) Dienstvertrag
- 6) Werkvertrag
- 6a) Verzug des Bestellers
- 6b) Verzug des Unternehmers
- 7) Verlagsvertrag (Verzug des Verlegers)
- 8) Entgeltlicher Auftrag
- 8a) Verzug des Beauftragten
- 8b) Verzug des Auftraggebers
- 9) Kommissionsvertrag
- 10) Frachtvertrag
- 11) Speditionsvertrag
- 12) Entgeltlicher Hinterlegungsvertrag
- 12a) Verzug des Aufbewahrers
 1. Bei Vereinbarung einer bestimmten Dauer der Hinterlegung
 2. Wenn keine Zeit für die Aufbewahrung festgesetzt ist
- 12b) Verzug des Hinterlegers
- 13) Zweiseitiger Bürgschaftsvertrag (Verzug des Bürgschaftsgläubigers)
- 14) Entgeltlicher Leibrentenvertrag
- 14a) Verzug des Rentenschuldners
- 14b) Verzug des Rentengläubigers
- 15) Verpfändungsvertrag
- 15a) Verzug des Pfänders
- 15b) Verzug des Pfandgebers
- 16) Zweiseitig verpflichtender Vorvertrag

bbb. In Spezialerlassen

- 1) Im Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908 (VVG)
(Versicherungsvertrag: Verzug des Versicherers)

2) In der Verordnung des Bundesrates über die Kreditkassen mit Wartezeit vom 5. Februar 1935 (VKW) und im Bundesratsbeschluß betreffend Abänderung der VKW vom 9. August 1935 (Kreditvertrag mit Wartezeit: Verzug der Kreditkasse)	
bb. Bei gesetzlich nicht normierten Vertragstypen	204
1) Trödelvertrag als Verbindung von Elementen verschiedener Verträge und als eigener Vertragstypus (Verzug des Vertrödlers)	
2) Die übrigen Vertragsverbindungen mit dem Charakter eines neuen Vertragstypus	
b. Anwendung des Grundsatzes von OR 109/II im Falle der besonderen Regelung der Vertragsauflösung infolge Verzuges	206
aa. Beschränkung der besonderen Regelung auf die Voraussetzungen der Vertragsauflösung (Gegenüber OR 107, bzw. OR 108 abweichende Regelung)	206
1) Kaufvertrag (Verzug des Käufers)	
1a) Von OR 107, bzw. OR 108 abweichende Regelung zugunsten des Käufers	
1aa) Recht und Pflicht, den Rücktritt sofort zu erklären	
1bb) Rücktritt nach Uebergabe des Kaufgegenstandes	
1b) Von OR 108 abweichende Regelung zugunsten des Verkäufers	
2) Trödelvertrag (Verzug des Trödlers)	
3) Miete und Pacht	
3a) Verzug des Mieters, bzw. des Pächters	
3aa) Mit der Zahlung des Miet-, bzw. des Pachtzinses	
3bb) Durch andauernde Verletzung der Sorgfalts-, bzw. der Unterhaltspflicht	
3b) Verzug des Vermieters im Falle des späteren Eintritts vertragswidrigen Zustandes	
4) Werkvertrag (Verzug des Unternehmers)	

	Seite
bb. Beschränkung der besonderen Regelung auf die Voraussetzungen und Wirkungen der Vertragsauflösung infolge Verzuges mit Ausschluß der Schadenersatzfolgen (Gegenüber OR 107 abweichende Regelung (Versicherungsvertrag: Verzug des Prämienschuldners)	213
aaa. Eintritt des Verzuges	
bbb. Verzugsfolgen	
cc. Besondere Regelung sowohl hinsichtlich der Voraussetzungen als auch der Wirkungen der Vertragsauflösung infolge Verzuges . . .	215
2. Bereich der Nichtanwendung des Grundsatzes von OR 109/II	216
a. Vertragsauflösung infolge Vertragsverletzung, aber nicht infolge Verzuges . . .	216
aa. Unzumutbarkeit der Aufrechterhaltung des Vertrages für den Gläubiger	217
aaa. Vertragsauflösung infolge Wegfalls eines für den Abschluß des Vertrages maßgebenden Moments (Auflösung infolge unverhältnismäßiger Ueberschreitung des Kostenansatzes)	
bbb. Vertragsauflösung aus wichtigen Gründen	
aaaa. Dienstvertrag	
bbbb. Verpfändungsvertrag	
bb. Vertragsauflösung wegen Vertragsverletzung, die weder Nicht- noch Schlechterfüllung ist (Positive Vertragsverletzung)	217
aaa. Schenkung	
bbb. Hinterlegungsvertrag	
cc. Vertragsauflösung seitens der vertragsbrüchigen Partei selbst	218
aaa. Vertragsauflösung als Vertragsverletzung	
aaaa. Werkvertrag	
bbbb. Miete und Pacht	
bbb. Vertragsauflösung durch die aus einem anderen Grunde vertragsbrüchige Partei (Verlöbniß)	
dd. Verlöbnißbruch	219

	Seite
b. Vertragsauflösung im Falle des Nichtvorliegens der ratio von OR 109/II	221
aa. Vom Willen des Gläubigers unabhängige Vertragsauflösung	221
aaa. Vertragsauflösung unmittelbar kraft Gesetzes (Gewährleistung wegen Mängeln im Recht)	
aaaa. Rechtsmängel einer gekauften Sache	
bbbb. Rechtsmängel einer getauschten Sache	
cccc. Rechtsmängel einer gemieteten, bzw. einer gepachteten Sache	
dddd. Rechtsmängel eines Werkes	
eeee. Rechtsmängel einer geschenkten Sache	
ffff. Rechtsmängel einer Forderung	
bbb. Vertragsauflösung auf Grund richterlichen Ermessens (Gewährleistung wegen Mängeln in der Sache)	
aaaa. Sachmängel einer gekauften Sache	
bbbb. Sachmängel einer getauschten Sache	
cccc. 'Sachmängel' einer gemieteten, bzw. einer gepachteten Sache (Uebergabe in ungeeignetem Zustand)	
dddd. Sachmängel eines Werkes	
eeee. Sachmängel einer geschenkten Sache	
ffff. „Sach“-Mangel einer Forderung	
ccc. Vertragsauflösung seitens der vertragsbrüchigen Partei selbst	
aaaa. Vertragsauflösung als Vertragsverletzung	
aaaaa. Werkvertrag	
bbbbb. Miete und Pacht (Vertragsauflösung aus wichtigen Gründen)	
bbbb. Vertragsauflösung durch die aus einem anderen Grund vertragsbrüchige Partei	
aaaaa. Dienst- und Verpfändungsvertrag (Vertragsauflösung aus wichtigen Gründen)	
bbbbb. Verlöbnis	
bb. Vertragsauflösung, bei der das Wahlrecht des Gläubigers nicht die in OR 109/II vorausgesetzte Bedeutung hat	235
aaa. Unzumutbarkeit der Aufrechterhaltung des Vertrages für den Gläubiger	
aaaa. Vertragsauflösung wegen Wegfalls eines für den Abschluß des Vertrages maßgebenden Moments	

aaaaa.	Auflösung auf Grund teilweiser Entwehrung	
bbbbb.	Auflösung infolge unverhältnismäßiger Ueberschreitung des Kostenansatzes	
bbbb.	Vertragsauflösung aus wichtigen Gründen	
aaaaa.	Im allgemeinen	
bbbbb.	Dienstvertrag	
ccccc.	Verpfändungsvertrag	
bbb.	Vertragsauflösung, bei welcher der Verzicht auf die nachträgliche Erfüllung den Gläubi- ger notwendigerweise von der eigenen Lei- stungspflicht entbindet (Verlagsvertrag: Verzug des Verlegers)	
aaaa.	Verzug in der Herstellung und im Vertrieb einer neuen Auflage	
bbbb.	Verzug in der erstmaligen Vervielfältigung und im erstmaligen Vertrieb	
c.	Vertragsauflösung ohne Schadenersatzfolgen überhaupt (Kreditvertrag mit Wartezeit: Verzug des Kreditnehmers)	242
§ 10.	Akzessorische Probleme	244
I.	Voraussetzungen der negativen Interessshaftung	241
A.	Die typische Haftungsvoraussetzung der Gutgläubigkeit	244
B.	Besonderheiten im Zusammenhang mit der Voraussetzung des Verschuldens	246
II.	Umfang des negativen Interesses und dessen Ersatzes	247
A.	Grenze des Vertrauensschutzes in der Anerkennung der Berechtigung des Vertrauens	247
B.	Auswirkungen der Besonderheiten der Voraussetzungen der negativen Interessshaftung	247
1.	Gutgläubigkeit	247
2.	Verschulden	248
C.	Verhältnis des negativen Interesseersatzes zum positiven Interesseersatz	248
1.	Ablehnung der Beschränkung	251
a.	Absichtliche Täuschung (dolus causam dans)	251
b.	Doloses Verhalten des zum Schadenersatz Verpflichteten	252
2.	Befürwortung der Beschränkung	253
a.	Auf Grund der Auslegung der Normen über die negative Interessshaftung	253

	Seite
aa. Relative Nichtigkeit	253
bb. Negative Interessehaftung als Folge der Ver- letzung einer vertraglichen Pflicht	254
b. Unter dem Gesichtspunkt der Gerechtigkeit	255
aa. Nichtigkeit	255
bb. Relative Nichtigkeit	256
aaa. Absichtliche Täuschung (dolus causam in- cidens)	
bbb. Doloses Verhalten des hinsichtlich des Scha- denersatzes berechtigten Anfechtungsgegners	
cc. Nichtzustandegekommensein und Nichtzu- standekommen des Vertrages	257
III. Berechnung und Ersatz des negativen Interesses	258
A. Berechnung des negativen Interesses	258
1. Trennung der Schadensposten des negativen Inter- esses von denen des positiven Interesses auf Grund des verschiedenen schädigenden Verhaltens	258
a. Schadensposten des positiven und des nega- tiven Interesses	258
aa. Schadensposten des positiven Interesses als Folge einer Vertragsverletzung	258
bb. Schadensposten des negativen Interesses als Folge einer Vertrauenserweckung und -täu- schung	260
aaa. Positiver Schaden	
aaaa. Kosten des Vertragsabschlusses und Beginn der Berechtigung des Vertrauens	
bbbb. Kosten der Erfüllung und Ende der Berech- tigung des Vertrauens	
aaaaa. Kosten der Erbringung der eigenen Leistung	
bbbbbb. Kosten der Entgegennahme der Gegen- leistung	
cccc. Schaden infolge der Schadenersatzleistung an einen Dritten	
dddd. Prozeßkosten	
aaaaa. Im besonderen Fall des falsus procurator	
bbbbbb. In den übrigen Fällen	
bbb. Entgangener Gewinn	
aaaa. Schaden infolge Nichtabschlusses eines an- deren Geschäfts	
bbbb. Schaden infolge Verlustes der Früchte der hingegenben Sachen	

	Seite
b. Vorteile infolge des schädigenden Ereignisses	266
aa. Vorteilsanrechnung beim positiven Interesse	267
aaa. Vorteile im Sinne einer Vermögensvermehrung	
bbb. Vorteile im Sinne des Ausbleibens einer Vermögensverminderung (Ersparnis von Unkosten, Aufwand an Arbeit und anderen Mitteln)	
aaaa. Ersparnis von Mitteln zum Zwecke der Herstellung und der Erbringung der Leistung des Gläubigers	
bbbb. Ersparnis von Mitteln zum Zwecke der Entgegennahme der Leistung des Schuldners	
cccc. Ersparnis von Mitteln zum Zwecke der Gewinnziehung aus der Leistung des Schuldners	
dddd. Ersparnis von Mitteln zum Zwecke der Weiterveräußerung	
bb. Vorteilsanrechnung beim negativen Interesse	269
2. Zeit und Ort, die der Berechnung zugrunde zu legen sind	269
a. Grundsätze	269
aa. Die der Berechnung zugrunde zu legende Zeit	269
bb. Der der Berechnung zugrunde zu legende Ort	270
b. Bedeutung dieser Grundsätze	271
aa. Bedeutung des Zeitpunktes, welcher der Berechnung des Interesses zugrunde zu legen ist	271
aaa. Im Sinne des Ausschlusses später eintretenden Schadens und später eintretender Vorteile	
bbb. Im Sinne der Berücksichtigung allen vorher eingetretenen Schadens und aller vorher eingetretenen Vorteile	
aaaa. Positives Interesse	
aaaaa. Was würde sich im Zeitpunkt des Urteils für den Gläubiger ohne das schädigende Verhalten als nicht verloren, bzw. als gewonnen erweisen?	
aaaaaa. Was der Gläubiger nicht verloren hätte (Positiver Schaden)	
1) Kosten	
2) Schadenersatzpflicht des Gläubigers	

bbbbbb.	Was der Gläubiger gewonnen hätte (Entgangener Gewinn)	
1)	Erhöhung des Schadens infolge einer vor dem Urteil eintretenden Wertvermehrung der Leistung des Schuldners	
2)	Erhöhung des Schadens infolge einer vor dem Urteil eintretenden Wertverminderung der Leistung des Gläubigers	
3)	Erhöhung des Schadens infolge des Mangels der Möglichkeit zur Verwendung der Leistung des Schuldners	
3a)	Im Sinne der Benützung der Gelegenheit zum Abschluß eines anderen Geschäfts	
3b)	Im Sinne einer Nutzziehung	
bbbbbb.	Was würde sich im Zeitpunkt des Urteils für den Gläubiger ohne das schädigende Verhalten als verloren, bzw. als nicht gewonnen erweisen?	
bbbb.	Negatives Interesse	
aaaaa.	Was würde sich im Zeitpunkt des Urteils für den Schadenersatzberechtigten ohne das schädigende Verhalten als nicht verloren, bzw. als gewonnen erweisen?	
aaaaaa.	Was der Schadenersatzberechtigte nicht verloren hätte (Positiver Schaden)	
bbbbbb.	Was der Schadenersatzberechtigte gewonnen hätte (Entgangener Gewinn)	
bbbbbb.	Was würde sich im Zeitpunkt des Urteils für den Schadenersatzberechtigten ohne das schädigende Verhalten als verloren, bzw. als nicht gewonnen erweisen?	
bb.	Bedeutung des Ortes, welcher der Berechnung des Interesses zugrunde zu legen ist	276
aaa.	Positives Interesse	
aaaa.	Bewertung der Leistung des Schuldners	
aaaaa.	In dem Fall, wo keine Möglichkeit zum Abschluß eines anderen Geschäftes besteht	
bbbbbb.	Im Falle der Möglichkeit einer anderweitigen Verwendung	
bbbb.	Bewertung der Leistung des Gläubigers	
bbb.	Negatives Interesse	
3.	Beweis des Schadens	277
a.	Der Beweis an sich	277
aa.	Im allgemeinen	277

aaa. Ausnahmebestimmungen	
bbb. Beweisregeln	
bb. Positives Interesse	278
cc. Negatives Interesse	278
b. Die beweispflichtige Partei	279
aa. Beweis des Schadens	279
bb. Beweis der Vorteile	279
aaa. Vorteile, deren Vorhandensein bewiesen werden muß	
bbb. Vorteile, deren Vorhandensein nicht bewiesen werden muß	
B. Ersatz des negativen Interesses	280

2. Kapitel: Erkenntniskritische Betrachtung des Rechtsbestandes der negativen Interessehaftung

§ 11. Würdigung der positivrechtlichen Anerkennung der negativen gegenüber der positiven Interessehaftung	282
I. Frage der Berechtigung der negativen Interessehaftung und der Unterscheidung der Kausalreihen des positiven und des negativen Interesses unter dem Gesichtspunkt des freien richterlichen Ermessens auf Grund von OR 43	282
A. Bedeutung der Kausalreihen des positiven und des negativen Interesses für die Schadensberechnung	282
B. Anwendung der allgemeinen Bestimmungen über die Schadenersatzbemessung	283
II. Frage der Berechtigung des Schutzes des Vertrauens in die Wirksamkeit des Vertrages, bzw. darauf, daß der Vertrag zustande gekommen sei	284
A. Schutz des Vertrauens in die Wirksamkeit eines zustande gekommenen Vertrages	284
B. Schutz des Vertrauens darauf, daß der Vertrag zustande gekommen sei	285
§ 12. Rechtspolitische Gedanken	285
I. Negatives Interesse	285
A. Umfang des Vertrauensschutzes im Sinne der grundsätzlichen Anerkennung des Vertrauens auf das Zustandekommen des Vertrages	285

	Seite
1. Schutz des Vertrauens auf das Zustandekommen des Vertrages im Falle des Nichtzustandekommens	286
a. Problem	286
b. Lösung des Problems auf Grund des der negativen Interessehaftung zugrunde liegenden Gedankens	287
2. Schutz des Vertrauens auf das Zustandekommen des Vertrages im Falle des abgeschlossenen, bzw. des vermeintlich abgeschlossenen Vertrages	289
B. Umfang des negativen Interesseersatzes im Verhältnis zum positiven Interesseersatz	290
1. Ablehnung der Beschränkung des negativen Interesseersatzes	290
a. Absichtliche Täuschung (dolus causam dans)	290
b. Doloses Verhalten des zum Schadenersatz Verpflichteten	290
2. Befürwortung der Beschränkung des negativen Interesseersatzes	291
a. Nichtigkeit	291
b. Relative Nichtigkeit	291
aa. Absichtliche Täuschung (dolus causam incidens)	291
bb. Doloses Verhalten des hinsichtlich des Schadenersatzes berechtigten Anfechtungsgegners	291
c. Nichtzustandekommensein und Nichtzustandekommen des Vertrages	291
C. Haftungsprinzip	292
1. Problem	292
2. Lösung des Problems	293
a. Vertrauen in die Wirksamkeit des Vertrages	295
aa. Nichtigkeit	295
aaa. Unmöglichkeit einer Leistung	
aaaa. Ursprüngliche objektive Unmöglichkeit	
bbbb. Nachträgliche objektive Unmöglichkeit	
bbb. Widerrechtlichkeit einer Leistung	
ccc. Unsittlichkeit einer Leistung	
bb. Relative Nichtigkeit	296
aaa. Irrtum	
bbb. Drohung seitens eines Dritten	

	Seite
b. Vertrauen darauf, daß der Vertrag zustande gekommen sei	297
aa. Mangel der Vertretungsmacht	297
bb. Mangel der Handlungsfähigkeit	298
aaa. Mangel der natürlichen Handlungsfähigkeit	
aaaa. Haftung Urteilsunfähiger	
bbbb. Haftung vorübergehend Urteilsunfähiger	
bbb. Mangel der juristischen Handlungsfähigkeit	
c. Vertrauen auf das Zustandekommen des Vertrages	299
aa. Vertrauen darauf, daß die Bindung an eine Offerte noch bestehe	299
bb. Vertrauen in die Bindung an eine Auslobung	299
cc. Vertrauen auf das Zustandekommen des Vertrages trotz Fehlens einer Offerte	299
aaa. Unmittelbarer Abbruch der Vertragsverhandlungen	
bbb. Mittelbarer Abbruch der Vertragsverhandlungen	
II. Uebrigcr Schaden infolge culpa in contrahendo	301
A. Culpa in contrahendo bei Gültigkeit des Vertrages . . .	301
B. Culpa in contrahendo, die weder mit der Wirksamkeit noch mit dem Zustandekommen des Vertrages etwas zu tun hat	302

Abkürzungs-Verzeichnis

A.	=	Auflage
a. a. O.	=	am angeführten Ort
alt OR	=	altes Schweizerisches Obligationenrecht = BG über das Obligationenrecht vom 14. Brachmonat 1881
a. M.	=	anderer Meinung
BG	=	Bundesgesetz
BGB	=	Bürgerliches Gesetzbuch für das deutsche Reich vom 18. August 1896
BGE	=	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (Amtliche Sammlung)
BlZR	=	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (Zürich)
BRB	=	Bundesratsbeschluß
CC fr	=	Code civil français
c. i. c.	=	culpa in contrahendo
D	=	Digesten
gl. M.	=	gleicher Meinung
N	=	Note
OR	=	revidiertes Schweizerisches Obligationenrecht = BG über das Obligationenrecht vom 30. März 1911/18 und 18. Dezember 1936
österr. ABGB	=	österreichisches Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch vom 11. Juni 1811
rev. OR	=	OR
S.	=	Seite
Semjud	=	La Semaine judiciaire (Genève)
SJZ	=	Schweizerische Juristenzeitung (Zürich)
vgl.	=	vergleiche
ZBJV	=	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
ZGB	=	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
ZSR	=	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel). Die Bandnummern beziehen sich stets auf die neue Folge

Literaturverzeichnis

Die im Literaturverzeichnis aufgeführten Schriften werden jeweils nur mit dem Verfassernamen genannt.

- Becker: (Kommentar zum) Obligationenrecht, I. und II. Abteilung (Bern 1917/34).
- Brock: Das negative Vertragsinteresse (Berlin 1902).
- Dernburg: System des Römischen Rechts: Pandekten, II (8. A. Berlin 1912).
- Drechsler, Frdr.: Ueber den Schadenersatz bei nichtigen Verträgen (Diss. Würzburg 1874).
- Eisele: Ueber die Nichtigkeit obligatorischer Verträge wegen Mangels an Willensübereinstimmung der Kontrahenten, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, 25 (Jena 1887) S. 414 ff.
- Enneccerus/Lehmann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, II. Band: Recht der Schuldverhältnisse (12. A. Marburg 1932).
- Fick: Das schweizerische Obligationenrecht (Zürich 1911).
- Heck: Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz (Thübingen 1914).
- Herz, Edgar: Culpa in contrahendo nach heutigem Recht in rechtsvergleichender Darstellung (Diss. Zürich 1935).
- Jhering: Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, 4 (Jena 1861) S. 1 ff.
- Köppen: Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, 11 (Jena 1871) S. 139 ff.
- Kron, Myron: Wille und Vertrauensschutz beim Vertragsabschluß (Diss. Zürich 1928).
- Lemp, Paul: Schadenersatz wegen Nichterfüllung als Folge des Schuldnerverzuges (Diss. Bern 1939).
- Leonhard: Verschulden beim Vertragsabschluß, Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht, 26 (Stuttgart 1881) S. 294 ff.
- Marcusen: Das negative Vertragsinteresse im schweiz. Obligationenrecht und im deutschen Entwurf, ZBJV 26 (1890) S. 121 ff.
- Melliger, Caspar: Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen Verträgen (Diss. Zürich 1896).

- M o m m s e n: Beiträge zum Obligationenrecht, 1. Abteilung: Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse (Braunschweig 1853), 2. Abteilung: Zur Lehre von dem Interesse (Braunschweig 1855).
- O e r t m a n n: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen, I (3. A. Berlin 1927), II (3. und 4. A. Berlin 1910).
- O f t i n g e r: Schweizerisches Haftpflichtrecht, I/II (Zürich 1940/42).
- O s e r / S c h ö n e n b e r g e r: (Kommentar zum) Obligationenrecht, I/II (2. A. Zürich 1929/36).
- P l a n c k: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, II/1 (4. A. Berlin 1914), II/2 (4. A. Berlin und Leipzig 1928).
- P l a n i o l / R i p e r t / E s m e i n: Traité pratique de Droit civil français, Tome VI: Obligations, Première Partie (Paris 1930).
- R a b e l: Der sogen. Vertrauensschaden im schweiz. Recht, ZSR 27 (1908) S. 291 ff.
- R e g e l s b e r g e r: Die Vorverhandlungen bei Verträgen, Civilrechtliche Erörterungen, 1. Heft (Weimar 1868).
- R ü m e l i n: Die Gründe der Schadenszurechnung und die Stellung des BGB zur objektiven Schadensersatzpflicht (Leipzig 1896).
- S a v i g n y: System des heutigen römischen Rechts, III (Berlin 1840).
- S c h e r r e r, Karl: Das negative Vertragsinteresse als Schadenersatz aus unwirksamen Verträgen (Diss. Zürich 1928).
- S i m o n i u s: Ueber den Ersatz des „aus dem Dahinfallen des Vertrages“ erwachsenen Schadens, ZSR 37 (1918) S. 225 ff.
- S t a m m l e r: Das Recht der Schuldverhältnisse in den allgemeinen Lehren (Berlin 1897).
- S t a u d i n g e r / R i e z l e r: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch und Einführungsgesetz, I. Band: Allgemeiner Teil (10. A. München, Berlin und Leipzig 1936), II. Band: Recht der Schuldverhältnisse (9. A. München, Berlin und Leipzig 1929/30 und 10. A. 1937).
- S t o l l: Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen, Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht, 17 (München, Berlin und Leipzig 1923), S. 532 ff.
- v. T u h r / S i e g w a r t: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, I/II (2. A. Zürich 1942).
- W i n d s c h e i d - K i p p: Lehrbuch des Pandektenrechts, II/4 (9. A. Frankfurt a/M 1906).

I. Buch:

Problemstellung

1. Kapitel:

Begriffe

§ 1: Begriff des Interesses im allgemeinen Sinn

Das Wort Interesse besitzt im Sprachgebrauch des täglichen Lebens eine weitergehende Bedeutung als in der zu behandelnden Frage. Unter Interesse im allgemeinen Sinn versteht man den Wert, den das Vorliegen, bzw. das Nichtvorliegen einer Tatsache für jemanden bedeutet, ein Dazwischenliegen, ein Inter-esse (id quod interest), den Unterschied zwischen dem Zustand beim Vorliegen, bzw. beim Nichtvorliegen einer Tatsache und dem Zustand beim Nichtvorliegen, bzw. beim Vorliegen einer Tatsache, und in einem engeren Sinne den Betrag, um den das Vermögen größer wäre, wenn eine bestimmte Tatsache nicht vorläge, bzw. vorläge. In diesem Sinn wird das Wort Interesse auch im vorliegenden Zusammenhang verwendet. Aber bei der Frage des negativen und des positiven Interesses handelt es sich immer um den möglichen Gegenstand eines Forderungsrechts, und zwar eines solchen, das seinen Grund in einer Schadenszufügung hat: Man berechnet das Interesse, das eine Person am Nichteintritt eines schädigenden Ereignisses, bzw. am Eintritt eines vorteilhaften Ereignisses hat. Der Betrag des Schadens, der durch dieses Ereignis verursacht worden ist, bildet zugleich den Betrag des Vorteils, den der Nichteintritt jenes, bzw. der Eintritt dieses Ereignisses für die betr. Per-

son gehabt hätte. Es muß sich also um eine Vermögensverminderung, bzw. um das Ausbleiben einer Vermögensvermehrung handeln. Das bedeutet, daß nicht einfach der objektive Wert, der Sachwert, das „verum rei pretium“, maßgebend ist, sondern aller Schaden, der im Vermögen des Geschädigten eingetreten ist^{1 2}. Berücksichtigt wird also zwar der Schaden, den der Geschädigte in concreto erlitten hat: es wird somit für die Feststellung des Schadens auf die konkreten Umstände abgestellt. Diese werden jedoch objektiv gewürdigt. Wenn z. B. der Wert einer Sache zum Zwecke der Berechnung eines Schadens zu bestimmen ist, so stellt man nur darauf ab, welchen Vermögenswert sie hat, andererseits aber eben für die betr. Person. Der Wert, der auf dem Affektionsinteresse beruht, wird also bei der Schätzung nicht in Betracht gezogen; denn dieses berücksichtigt die subjektiven Interessen³. Der Geschädigte soll aber auch nicht durch die Leistung des Schadenersatzes bereichert werden: er soll nur das erhalten, was er gehabt hätte, wenn das schädigende Ereignis nicht, das vorteilhafte dagegen eingetreten wäre. Diese Präzisierungen ergeben sich jedoch ohne weiteres aus dem Begriff des Schadens als einer Vermögensverminderung^{4 5}.

In der Literatur ist oft die Rede vom Anspruch auf das negative und das positive Interesse. Es scheint mir aber richtig zu sein, das Wort Interesse immer nur im Sinne von Schaden als eines Unterschiedes zwischen zwei Vermögensständen zu verwenden, dagegen nicht im Sinne eines Ersatzes. Dabei ist aber zu beachten, daß positiver Schaden nicht gleichbedeutend ist wie positives Interesse, sondern daß jener nur das Gegenstück zum entgangenen Gewinn darstellt und daß diese beiden zusammen die möglichen Posten eines Schadens ausmachen.

In unserer Frage kommt teils ein solcher Schaden zur Sprache, der unbestrittenermaßen vertraglicher Natur (positives In-

¹ vgl. Melliger 24.

² vgl. Tuhr I 107.

³ Es ist jedoch denkbar, daß ein Affektionsinteresse Gegenstand eines Vermögensschadens wird (vgl. Tuhr I 110).

⁴ vgl. Oftinger I 27 ff.

⁵ Ueber den Vergleich des Interesses mit anderen Gegenständen von Obligationen: vgl. Mommsen, 2. Abt. 15 ff.

teresse), teils ein solcher, dessen Natur umstritten ist (negatives Interesse). Abgesehen davon, daß nicht jeder Schaden, der Folge der Verletzung einer vertraglichen Pflicht ist, Erfüllungsinteresse ist⁶, werde ich bei der begrifflichen Umschreibung des negativen Interesses und vor allem bei der Betrachtung der Stellung des negativen Interesses im Gebiete der c. i. c. noch eine weitere Einschränkung in dem Sinne machen, daß nicht jeder Schaden, der durch ein vorvertragliches Verhalten verursacht ist und über dessen Natur Zweifel bestehen, unter die Betrachtungen über das negative Interesse falle, sondern daß nur solcher Schaden als negatives Interesse zu betrachten sei, der sich unmittelbar auf die Unwirksamkeit, bzw. das Nichtzustandekommen des Vertrages bezieht⁷.

Bevor ich die Frage beantwortet habe, welcher Natur das negative Interesse sei, muß ich den Ausdruck Interesse für beide Arten von Schaden verwenden; denn verwende ich den Ausdruck negatives Vertragsinteresse, so könnte das so aufgefaßt werden, daß ich die Ansicht vertrete, das negative Interesse sei vertraglicher Natur. Würde ich dagegen die Ausdrücke negatives Interesse und positives Vertragsinteresse gebrauchen, so würde ich mich damit offenbar zur gegenteiligen Auffassung bekennen. Bei der Besprechung dieser beiden Begriffe „negatives und positives Interesse“ werde ich dann aber untersuchen, ob sie nicht zu weit gefaßt sind.

§ 2: Begriff des Interesses im engsten Sinn des Wortes

I. Begriff des positiven Interesses

Der Begriff „positives Interesse“ bedeutet mehr, als er in unserer Frage sagen will; denn es ist das Interesse am Eintritt irgendeines vorteilhaften Ereignisses, nicht nur das Interesse an der richtigen Erfüllung. Wir müssen daher sagen: positives Vertragsinteresse. Auf den Grund, warum in dieser Arbeit trotz-

⁶ vgl. hinten § 9/II.

⁷ vgl. hinten § 12/II/Einleitung.

dem nur von Interesse die Rede ist, habe ich bereits hingewiesen⁸.

Das positive Interesse umfaßt sowohl das Interesse an der Erfüllung an sich, als auch das Interesse an der gehörigen Erfüllung⁹. Dort, wo die Frage des Verhältnisses des negativen Interesses zum positiven Interesse praktisch wird, kann es sich jedoch nicht um das positive Interesse als Folge der Schlechterfüllung handeln. Aus diesem Grunde werde ich in den späteren Darlegungen¹⁰ immer nur vom Interesse an der Erfüllung sprechen. Aber nicht jeder durch Vertragsverletzung entstandene Schaden ist positives Interesse; denn eine solche kann auch in der Nichtbeachtung einer stillschweigend übernommenen Pflicht (z. B. Sorgfaltspflicht¹¹) oder in einer sogenannten positiven Vertragsverletzung liegen¹², abgesehen davon, daß die Vertragsverletzung unter Umständen die Pflicht zum Ersatz des negativen Interesses begründet¹³. Jedes positive Interesse ist zwar durch Vertragsverletzung entstanden, nicht jede Vertragsverletzung führt aber zu einem positiven Interesse.

Der Begriff des positiven oder Erfüllungsinteresses, in diesem Sinne verwendet, will also nur den Unterschied zwischen dem Vermögensbestand im Falle der Nichterfüllung und demjenigen im Falle der Erfüllung bedeuten, bzw. den Unterschied zwischen der Vermögenslage bei nicht gehöriger Erfüllung und der bei richtiger Erfüllung. Der Vertrag ist gültig. Er wird aber vom Schuldner nicht, bzw. nicht richtig erfüllt; dieser hat nun dem Gläubiger das zu leisten, was dieser gehabt hätte, wenn der Vertrag erfüllt, bzw. richtig erfüllt worden wäre. Damit wird der durch den Eintritt des schädigenden Ereignisses der Nicht-, bzw. der nicht gehörigen Erfüllung entstandene Schaden ersetzt.

⁸ vgl. vorn § 1.

⁹ vgl. Tuhr I 78.

¹⁰ vgl. hinten §10/III/A.

¹¹ BGE 71 II 107 ff.

¹² vgl. Oser/Schönenberger N 17 ff. vor Art. 97 ff.

¹³ vgl. hinten § 9/II.

II. Begriff des negativen Interesses

A. Abgrenzung gegenüber dem positiven Interesse

Negatives Interesse bedeutet im weitesten Sinne des Wortes das Interesse am Nichteintritt irgendeines schädigenden Ereignisses und in einem engeren Sinn das Interesse am Nichteintritt eines schädigenden Ereignisses infolge Verletzung einer vorvertraglichen Pflicht. Unter diesem Begriff als terminus technicus¹⁴ will ich aber nur das Interesse am Ausbleiben einer Vertrauenserweckung und -täuschung verstehen, die sich unmittelbar auf die Unwirksamkeit, bzw. das Nichtzustandekommen des Vertrages bezieht¹⁵. Das negative Interesse ist also der Unterschied zwischen dem Vermögensbetrag bei Eintritt dieses Ereignisses und demjenigen ohne dessen Eintritt. Die begriffliche Abgrenzung des negativen Interesses gegenüber dem positiven Interesse ergibt sich einerseits daraus, daß es sich im Falle des positiven Interesses um das Interesse am Eintritt eines Ereignisses, nämlich der Erfüllung, handelt, im Falle des negativen Interesses dagegen um das Interesse am Nichteintritt eines Ereignisses; wenn auch im Falle des positiven Interesses ein Interesse am Nichteintritt eines Ereignisses, nämlich der Nichterfüllung, und anderseits im Falle des negativen Interesses ein Interesse am Eintritt eines Ereignisses besteht, so ist das Ergebnis doch in jenem Fall positiv, in diesem negativ. Sowohl das positive wie das negative Interesse ist die Folge eines Ereignisses, ohne dessen Eintritt das Vermögen des Geschädigten größer wäre.

Noch in einem weiteren Sinn ist aber die Abgrenzung des negativen Interesses vom positiven möglich: Voraussetzung des positiven Interesses ist die Gültigkeit des Vertrages, also etwas Positives, Voraussetzung des negativen Interesses ist dagegen die Unwirksamkeit, bzw. das Nichtzustandekommen des Vertrages, also etwas Negatives.

¹⁴ vgl. Windscheid/Kipp 230 N 5.
Savigny 294 N d.
Mommsen, 1. Abt. 107.
Jhering 16 ff.

¹⁵ vgl. hinten § 12/II Einleitung.

Da nun das schädigende Ereignis die Vertrauenserweckung und -täuschung ist, so ist das negative Interesse das Interesse daran, daß die Erweckung und Täuschung eines berechtigten Vertrauens nie bestanden hätte. Es scheint mir daher unrichtig zu sagen, das negative Interesse sei das Interesse daran, daß vom Vertrag überhaupt nicht die Rede gewesen wäre¹⁶; denn einerseits kann durchaus ein solcher Schaden entstehen, der nicht entstanden wäre, wenn vom Vertrag nicht die Rede gewesen wäre, der aber mit der Vertrauenserweckung und -täuschung nicht im Kausalzusammenhang steht; andererseits würde das voraussetzen, daß auch aller jener Schaden, der im Vertrauen auf das Zustandekommen des Vertrages entstanden ist, zu ersetzen wäre¹⁷. Auf der anderen Seite ist aber das negative Interesse nicht nur das Interesse daran, daß die Vertrauens-
täuschung nicht stattgefunden hätte, sondern auch das Interesse am Ausgebliebensein der Vertrauenserweckung; andernfalls würde es sich um das Erfüllungsinteresse handeln. Würden wir nur von der Vertrauens-
täuschung sprechen, so würde das z. B. bedeuten, daß das schädigende Verhalten in der Anfechtung, also in der Ausübung eines Rechtes, bestünde. Dadurch aber, daß wir von Vertrauens-
erweckung und -täuschung sprechen, bringen wir nicht nur zum Ausdruck, daß die Anfechtung nicht allein das schädigende Verhalten ausmacht, sondern zugleich, daß dieses bereits in einem vorvertraglichen Verhalten, in der Verletzung einer vorvertraglichen Pflicht, liegt und durch die Anfechtung nunmehr bloß aktualisiert wird. Das schädigende Verhalten, das zum Ersatz des negativen Interesses verpflichten kann, besteht darin, daß der Ersatzpflichtige das Vertrauen der Gegenpartei erweckt und täuscht^{18 19}. Unzutreffend ist auch die Umschreibung: „der aus dem Dahinfallen des Vertrages entstandene Schaden“; denn darunter könnte ebenfalls das positive Interesse verstanden werden²⁰.

¹⁶ vgl. Fick Art. 39 N 7.

¹⁷ vgl. hinten § 12/I/A.

¹⁸ vgl. hinten §§ 4/II/A/2 und 8/II/B/2.

¹⁹ Für die Frage, worauf sich dieses Vertrauen beziehen muß, um als grundsätzlich berechtigt zu gelten: vgl. hinten § 8/II/A.

²⁰ vgl. OR 26/I, 39/I, 109/II.

Sobald ich die Abgrenzung des negativen Interesses gegenüber den übrigen Fällen der c. i. c. vorgenommen haben werde, werde ich eine genaue Umschreibung dessen geben, was ich unter negativem Interesse verstehen will²¹.

B. Stellung im Rahmen der «culpa in contrahendo»

Jedes schuldhaft, schädigende Verhalten, das vor Abschluß des Vertrages liegt und daher nicht als Vertragsverletzung qualifiziert werden kann, aber doch mit einem Vertragsabschluß, bzw. mit einem möglichen Vertragsschluß im Zusammenhang steht oder auch nur das Bestehen eines solchen voraussetzt, gehört zur c. i. c. Wir können die Fälle der c. i. c. in 3 Gruppen einteilen:

1. C. i. c. bei Wirksamkeit des Vertrages.
2. C. i. c. bei Unwirksamkeit, bzw. Nichtzustandekommensein des Vertrages.
3. C. i. c. ohne Zustandekommen des Vertrages²².

²¹ vgl. hinten C.

²² Diese Dreiteilung nimmt auch Herz 20 vor; er betrachtet aber den Fall des Nichtzustandekommens des Vertrages unter dem Gesichtspunkt der Frage, ob es für die Haftung der c. i. c. darauf ankomme, ob der Vertrag zustande komme oder nicht, mit anderen Worten: es kommt ihm auf eine Auseinandersetzung mit den Zielvertragstheorien an (vgl. Herz 30). Auch die übrigen Gruppen unterscheidet er nicht unter dem gleichen Gesichtspunkt. Mit der vorliegenden 3-Teilung möchte ich das schädigende vorvertragliche Verhalten vom Standpunkt der Frage aus betrachten, ob dieses Verhalten das Vertrauen in die Wirksamkeit des Vertrages erweckt und getäuscht hat oder das Vertrauen darauf, daß der Vertrag zustande gekommen sei oder zustande kommen werde. Unter diesem Gesichtspunkt stellt sich nach meinem Dafürhalten die Frage nach der Beurteilung des vorvertraglichen Verhaltens bezüglich der Schadenersatzpflicht. (vgl. hinten §§ 8/II/A, 9/I/A und 12/I/A.)

Daher habe ich auch unterschieden zwischen dem Fall des Nichtzustandekommeneins und dem des Nichtzustandekommens des Vertrages, so daß ich den Umstand, ob ein Vertrag äußerlich zustande kommt oder nicht, nur insofern als maßgebend erachte für die Beantwortung der Frage des Ersatzes eines durch c. i. c. verursachten Schadens, als eine Vertrauenserweckung und -täuschung hinsichtlich der Wirksamkeit, bzw. des Zustandekommeneins des Vertrages unter der Voraussetzung des Nichtzustandekommens des Geschäftsabschlusses nicht möglich ist. Was aber die Erweckung und Täuschung des Vertrauens in das Zustandekommen des Vertrages anbetrifft, so kann es für seinen Schutz wiederum nicht darauf ankommen, ob der Vertrag zustande kommt oder nicht (vgl. hinten § 12/I/A).

Jenes schädigende vorvertragliche Verhalten braucht also nicht ein solches zu sein, das in der Richtung der Unwirksamkeit, bzw. des Nichtzustandekommens des Vertrages liegt, so daß nach den hervorgehobenen *characteristica* des negativen Interesses das Gebiet der c. i. c. ein umfassenderes ist als dasjenige des negativen Interesses. Letzteres liegt nur vor im Falle der Erweckung und Täuschung des Vertrauens in die Wirksamkeit des Vertrages, bzw. des Vertrauens darauf, daß der Vertrag zustande gekommen sei, bzw. zustande kommen werde. Daher müssen wir eine Abgrenzung des negativen Interesses von den übrigen Schäden aus der c. i. c. vornehmen.

1. So gibt es einerseits Fälle, in denen zwar ein vorvertragliches Verhalten vorliegt, wo aber dieses weder das Zustandekommen noch die Wirksamkeit des Vertrages beeinflusst, sondern sich bei Gültigkeit des Vertrages auswirkt. Hier ist vor allem an die Genehmigung eines wegen Täuschung oder Furchterregung unverbindlichen Vertrages zu denken (rev. OR 31/III, alt OR 28/II)²³. Der Vertrag kommt anders zustande und wird anders verbindlich, als in dem Fall, wo die c. i. c. ausgeblieben wäre. Freilich liegt auch der Haftung für ein solches Verhalten der Gedanke des Vertrauensschutzes zugrunde. Es ist hier aber nicht nur nicht das negative Interesse zu ersetzen, sondern auch nicht das positive; denn es liegt keine Vertragsverletzung vor²⁴. Anders liegen die Dinge im Falle des Vorhandenseins von Rechts- und Sachmängeln (rev. OR 195, 208; alt OR 241, 253); soweit hinsichtlich dieser Mängel eine c. i. c. besteht (indem jemand z. B. eine Sache verspricht, an der einem Dritten das Recht zusteht, wobei er hätte voraussehen können, daß ihm der Erwerb dieses Rechts nicht gelingen werde), so liegt aller Regel nach nicht nur c. i. c., sondern auch culpa in solvendo vor²⁵, indem sich diese Mängel auch als Verletzung eines wirksamen Vertrages darstellen. Die Haftung auf Grund von OR 195 und 208 knüpft auf jeden Fall an eine

²³ vgl. Oser Art. 31 N 32 ff; Scherrer 71; Egger: Schadenersatz bei absichtlicher Täuschung (OR Art. 31 Abs. 3), SJZ 18, 217 ff; Herz 20/21.

²⁴ a. M. Tuhr I 183, 347 N 3: Seiner Ansicht nach behandelt unser Gesetz dieses vorvertragliche Verhalten als Vertragsverletzung.

²⁵ vgl. hinten § 12/II/A.

Schlechterfüllung an, so daß es sich um eine Haftung aus Vertrag handeln muß²⁶. Dasselbe läßt sich sagen für den Fall des durch die Schenkung (OR 248/I)²⁷ oder die Hinterlegung (rev. OR 473/II, alt OR 477)²⁸ einer mit Mängeln behafteten Sache verursachten Schadens: Auch hier muß ein vorvertragliches Verhalten zugleich als Vertragsverletzung, nämlich als positive Vertragsverletzung, qualifiziert werden. Dagegen wird dieses Verhalten regelmäßig, obwohl auf einer Vertragsverletzung, so doch weder auf Nicht- noch auf Schlechterfüllung beruhen, so daß die sich auf sie gründende Haftung auch nicht auf Ersatz des Erfüllungsinteresses gerichtet ist^{29 30 31}.

2. Auf Grund der obigen Umschreibung der c. i. c. fällt auch ein solcher Schaden darunter, der weder mit der Wirksamkeit noch mit dem Zustandekommen des Vertrages etwas zu tun hat³². Die Parteien haben z. B. eine Schweigepflicht über verhandelte Fragen zu beobachten. Diese Pflicht kann nach Abbruch der Vertragsverhandlungen oder bei nicht gültigem Zustandekommen des Vertrages fortbestehen. Ein durch ihre Verletzung verursachter Schaden ist weder im Vertrauen in die Wirksamkeit des Vertrages, noch im Vertrauen darauf entstanden, daß dieser zustande gekommen sei oder zustande kommen werde. Daher kann es sich nicht um eine Haftung für das negative Interesse handeln. Es hängt nun vom positiven Recht ab, ob und gegebenenfalls aus welchem Rechtsgrund es eine Haftung statuieren oder ob es denjenigen den Schaden tragen lassen wolle, der ihn erlitten hat³³.

Es sind also Pflichtverletzungen des Verhandlungsverhältnisses denkbar, die nicht die Vertrauensерweckung und -täuschung hinsichtlich der Wirksamkeit, bzw. des Zustandekommens des Vertrages zur Folge haben, wenn sie auch eine Vertrauenstäuschung bedeuten. Andererseits ist

²⁶ vgl. hinten § 9/II/B/2/b/aa/aaa/aaaa.

²⁷ vgl. hinten § 9/II/B/2/a/bb/aaa.

²⁸ vgl. hinten § 9/II/B/2/a/bb/bbb.

²⁹ gl. M. Rabel 314; a. M. Fick Art. 248 N 7.

³⁰ vgl. Oser N 17 ff. vor Art. 97 ff.

³¹ vgl. hinten § 12/II/A.

³² vgl. hinten § 12/II/B; Herz 55.

³³ vgl. hinten § 12/II/B.

negatives Interesse auch möglich, obwohl eine c. i. c. nicht gegeben ist. Wenn wir davon ausgehen, daß das Typische des negativen Interesses die Voraussetzung der Unwirksamkeit, bzw. des Nichtzustandekommens des Vertrages ist, so müssen wir sein Vorliegen auch dann annehmen, wenn der Schaden nicht infolge einer c. i. c., sondern auf Grund der Ausübung des dem Gläubiger im Falle des Schuldnerverzuges eingeräumten Wahlrechts entsteht, indem der Vertrag keine Wirkungen mehr erzeugen kann, auch wenn er verbindlich ist und nur nicht erfüllt wird³⁴. Insofern durchbricht also das negative Interesse den Rahmen der c. i. c. Dieser Umstand bedeutet nun aber nicht, daß das negative Interesse unter dieser Voraussetzung die unmittelbare Folge der Nichterfüllung sei, so wenig wie das positive Interesse durch jene Vertrauens-erweckung und -täuschung verursacht sein könnte, auch wenn im Falle der Unwirksamkeit des Vertrages der positive Interessesersatz in Betracht kommen könnte³⁵. Logisch betrachtet, kann nur eine Vertragsverletzung zum positiven Interesse führen.

C. Definition auf Grund dieser Abgrenzungen

Dadurch, daß ich nach beiden Seiten hin, nach denen eine Abgrenzung erforderlich ist, das dem negativen Interesse Eigentümliche herauszuschälen versucht habe, hoffe ich sein Wesen erfaßt zu haben. Das negative Interesse ist demnach der Schaden, der entstanden ist durch die Erweckung und Täuschung des Vertrauens in die Wirksamkeit des Vertrages oder des Vertrauens darauf, daß der Vertrag zustande gekommen sei oder desjenigen in das Zustandekommen des Vertrages³⁶. Bei der Betrachtung der negativen Interesseshaftung in unserem Recht werde ich den Begriff des negativen Interesses dahin präzisieren, daß ich darunter denjenigen Schaden verstehen werde, der

³⁴ vgl. hinten § 9/II.

³⁵ vgl. Egger: Schadenersatz bei absichtlicher Täuschung (OR Art. 31 Abs. 3); SJZ 18, 219.

³⁶ vgl. hinten § 8/II/A.

mit der Erweckung und Täuschung eines berechtigten Vertrauens im Kausalzusammenhang steht, weil Gutgläubigkeit vorausgesetzt ist.

Das negative Interesse kann einerseits durch ein schädigendes vorvertragliches Verhalten verursacht oder anderseits die Folge der Nichterfüllung und der daran anschließenden Ausübung des Gläubigerwahlrechts sein³⁷.

Es ist hier allerdings zu beachten, daß diese Umschreibung des negativen Interesses insofern auch gegenüber jenen Autoren zu weit geht, die es nicht auf den Fall der Unwirksamkeit beschränken wollen, als ich auch den Schaden, der infolge der Erweckung und Täuschung des Vertrauens in das Zustandekommen des Vertrages entsteht, als negatives Interesse erachte. Daß es sich auch hier um einen Vertrauensschaden handelt, das kann nicht zweifelhaft sein. Fraglich ist dagegen, ob das Recht auch dieses Vertrauen schützen wolle³⁸. Aber auch deshalb können wir von negativem Interesse sprechen, weil auch ein Negativum hinsichtlich des Vertrages, nämlich das Nichtzustandekommen des Vertrages, gegeben ist.

³⁷ Im letzteren Falle ist das neg. Interesse nicht der Schaden, der durch die Erweckung und Täuschung eines Vertrauens entstanden ist, sondern das Interesse daran, daß vom Vertrag überhaupt nicht die Rede gewesen wäre (vgl. hinten § 9/II/A).

³⁸ vgl. hinten § 12/I/A.

2. Kapitel:

Problem

§ 3: Das Trennende des negativen und des positiven Interesses und die Frage der Berechtigung der Unterscheidung der entsprechenden Kausalreihen

I. Vom Standpunkt der Logik

Sowohl wenn die Voraussetzungen des positiven, als auch wenn die des negativen Interesses gegeben sind, wird der Vertrag nicht erfüllt. In beiden Fällen hat also der Gläubiger das nicht, was er gehabt hätte, wenn der Vertrag erfüllt worden wäre. Und doch handelt es sich um zwei verschiedene Situationen: In dem Fall, wo das positive Interesse ersetzt wird, ist der Vertrag gültig, im Falle des negativen Interesseersatzes ist der Vertrag entweder nicht einmal zustande gekommen oder aber zwar zustande gekommen, aber unwirksam. Das Recht selbst läßt eine Erfüllung entweder gar nicht zu oder aber läßt sie zwar zu, gibt aber einer bestimmten Partei die Möglichkeit, nachträglich den Vertrag zu Fall zu bringen¹, so daß auch in diesem Fall, rein logisch gesehen, der Ersatz des Erfüllungsinteresses nicht in Betracht kommen kann. Während im einen Fall das Interesse am Eintritt eines Ereignisses ersetzt werden muß, so muß im anderen das Interesse am Nichteintritt eines Ereignisses ersetzt werden. Das Ereignis, das eintreten soll, ist die Erfüllung, dasjenige, das nicht eintreten soll, ist die Erweckung und Täuschung des Vertrauens in die Wirksamkeit des Vertrages, bzw. darauf, daß der Vertrag zustande gekommen sei, bzw. zustande kommen werde. Freilich besteht auch in jenem Fall das Interesse am Nichteintritt eines Ereignisses, nämlich

¹ Ueber die Frage, ob relative Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit (Dis-harmonie zwischen OR 23 und 31/I): vgl. hinten S. 151 N. 115.

der Nichterfüllung. Soll es aber ersetzt werden, so muß dem Gläubiger das geleistet werden, was er im Falle der Erfüllung gehabt hätte. Freilich besteht auch im Falle des negativen Interesses ein Interesse am Eintritt eines Ereignisses, der Nichterweckung und Nichttäuschung des Vertrauens. Wenn aber das negative Interesse ersetzt werden muß, so muß eben dem Geschädigten doch derjenige Schaden ersetzt werden, der ihm durch diese Vertrauenserweckung und -täuschung verursacht worden ist. Es besteht hier aber noch ein anderes Interesse, nämlich dasjenige am Eintritt eines Ereignisses, der Erfüllung. Wenn aber das Recht selbst die Erfüllung ausschließt, dann kann es, logisch betrachtet, dieses Interesse nicht beachten, sondern nur das Interesse am Nichteintritt eines solchen Ereignisses, dessen Schädigung das Recht als mit der Vertrauens-erweckung und -täuschung in Kausalzusammenhang stehend anerkennt². Darin liegt nicht nur die Erklärung dafür, daß das Erfüllungsinteresse nicht in Betracht kommen kann, sondern auch dafür, daß gerade das negative Interesse zu ersetzen ist.

Aus diesem Grunde müssen wir für die Berechnung des Schadens die beiden Kausalreihen auseinanderhalten.

II. Vom Standpunkt der Gerechtigkeit

Wenn ich auch in den folgenden Darlegungen das Auseinanderhalten jener Kausalreihen als gerecht erachte, so will ich damit die Frage des Schadenersatzes nicht für alle konkreten Fälle in dem Sinne lösen, daß der auf Grund des betreffenden Kausalzusammenhangs berechnete Schaden im vollen Umfang zu ersetzen sei, sondern nur die Auffassung vertreten, daß es gerecht ist, wenn der Schadenersatzbemessung derjenige Schaden zugrunde gelegt wird, den der zur Ersatzleistung Verpflichtete schuldhaft verursacht hat, mit anderen Worten: ich will damit nur feststellen, welches die gerechte Basis für die Schadenersatzbemessung ist, nicht aber, was in einem konkreten Fall gerecht ist. Es geht mir also darum zu zeigen, daß in den beiden Situationen auf Grund eines verschiedenen schädigenden

² vgl. hinten § 4/II/A/3.

Verhaltens gerechterweise auch die Feststellung des Schadens, der im Maximum zu ersetzen ist, andere Wege geht, wenn auch unter Anwendung der allgemeinen Grundsätze über die Schadensberechnung.

Es entspricht nicht nur der Logik, daß der Schuldner im Falle der Nichterfüllung des gültigen Vertrages das Erfüllungsinteresse zu ersetzen hat, sondern es ist auch billig, daß der Schuldner sich nicht durch ein vertragswidriges Verhalten besser stellen kann als durch Erfüllung. Wenn er nicht erfüllt, so soll er das Erfüllungssurrogat leisten. Das Vertrauen in die Erfüllung des Vertrages ist durchaus berechtigt. Anders liegen die Dinge bei der Unwirksamkeit, bzw. beim Nichtzustandekommen des Vertrages: es wäre unbillig, den Ersatzpflichtigen zum Ersatz dessen zu verpflichten, was die Erfüllung dem nunmehr Geschädigten gebracht hätte. Es kann ihm doch gerechterweise nur der Ersatz desjenigen Schadens zugemutet werden, der dem Geschädigten im betreffenden Vertrauen entstanden ist. Das Recht selbst täuscht das Vertrauen in die Erfüllung des Vertrages. Die Vertrauens^eerweckung und -täuschung wird also nicht durch die Nichterfüllung bewirkt; denn der Vertrag kann ja nicht gültig sein; aber wenn er schon nicht gültig ist, keine Wirkungen erzeugen kann, so soll doch diejenige Partei, die in berechtigtem Vertrauen, das nunmehr getäuscht ist, zu Schaden gekommen ist, diesen nicht tragen müssen, wenn die Gegenpartei hinsichtlich der Erweckung und Täuschung dieses Vertrauens ein Verschulden trifft.

Nun ist es aber denkbar, daß trotz Gültigkeit des Vertrages nicht das positive, sondern das negative Interesse zu ersetzen ist. Hiefür sind aber wiederum Billigkeitserwägungen maßgebend³.

Habe ich also festgestellt, daß auch vom Standpunkt der Gerechtigkeit aus die Unterscheidung dieser beiden Kausalreihen, die auf Grund des verschiedenen schädigenden Verhaltens auseinander gehalten werden, ihre Berechtigung hat, so stellt sich nunmehr die Frage nach dem Umfang des negativen Interesses im Verhältnis zum positiven. In den beiden Fällen

³ vgl. hinten § 9/II/A.

erfolgt zwar die Berechnung auf verschiedener Basis, aber doch nach den allgemeinen Grundsätzen: Die Berechnung des positiven und die des negativen Interesses erfolgen nicht etwa nach verschiedenen Methoden. Es liegt nicht etwa im Wesen des negativen Interesses, daß es gegenüber dem positiven in vielen Fällen seinem Umfang nach beschränkt ist. Es ist auch nicht so, daß bei dieser Berechnung stets ein Faktor wirksam würde, durch den die Beschränkung in jedem Fall herbeigeführt würde⁴. Die Feststellung des Schadens auf Grund des Kausalzusammenhangs mit dem schädigenden Verhalten kann durchaus ergeben, daß das negative Interesse das positive übersteigt; die Verschiedenheit der Ergebnisse ist daher auch nicht konstant: Bald ist dieses, bald ist jenes Resultat größer als das andere. Zur Beantwortung der Frage nach dem Umfang des negativen Interesseersatzes im Verhältnis zum positiven muß auf jeden einzelnen Fall abgestellt werden⁵, soweit nicht durch ausdrückliche Gesetzesbestimmung dieses Verhältnis ein für allemal festgelegt ist, wie das im BGB geschehen ist (§§ 122, 179, 307).

§ 4: Das Trennende des negativen und des positiven Interesses im Rahmen des Gemeinsamen

I. Das Trennende unter dem gemeinsamen Gesichtspunkt der Vertrauenstäuschung

Sowohl beim positiven wie beim negativen Interesse handelt es sich um die Täuschung eines erweckten Vertrauens. Durch dieses Gemeinsame unterscheiden sich das negative und das positive Interesse von den außervertraglichen Schädigungen, soweit die Schädigung durch c. i. c. nicht selbst als außervertraglich erachtet wird⁶. Andernfalls ist wenigstens jeder andere außervertragliche Schaden nicht in irgendeinem nunmehr getäuschten Vertrauen entstanden.

⁴ vgl. Simonius 244.

⁵ vgl. hinten § 10/II/C.

⁶ vgl. hinten § 8/II/B/2.

A. Täuschung des Vertrauens in die Erfüllung des Vertrages

Der Gläubiger darf erwarten, daß der Schuldner den gültigen Vertrag erfüllt. Auch wenn er nach den Umständen annehmen kann, daß dieser seine Leistungspflicht nicht erfüllen werde, so liegt in der Nichterfüllung doch die Täuschung eines berechtigten Vertrauens. Dieses kann auf die Tatsache der Erfüllung oder darauf gerichtet sein, daß die Leistung gehörig erbracht werde, insbesondere daß die zugesicherten Eigenschaften vorhanden seien und daß kein Mangel vorliege. Während also das negative Interesse die Folge einer Vertrauenserweckung und -täuschung ist, so ist das positive Interesse durch Vertrauens Täuschung verursacht.

B. Erweckung und Täuschung des Vertrauens in die Wirksamkeit des Vertrages, bzw. darauf, daß dieser zustande gekommen sei, bzw. zustande kommen werde

Anderer Art ist die Vertrauens Täuschung beim negativen Interesse, welche nicht allein die Schädigung bewirkt; denn die Erweckung des Vertrauens, welches getäuscht wird, führt mit zum Schaden. Diejenigen Vermögensdispositionen, bzw. Unterlassungen, die im betreffenden Vertrauen gemacht, bzw. begangen werden, erweisen sich dann als Schaden. Daher wird das negative Interesse auch als Vertrauensschaden bezeichnet.

II. Das Trennende des negativen und des positiven Interesses unter dem gemeinsamen Gesichtspunkt des Schadenersatzes.

A. Schadensberechnung

Sowohl bei der Berechnung des negativen wie bei der Feststellung des positiven Interesses kommt die allgemeine Lehre zur Anwendung: Es wird der mit dem schädigenden Verhalten im adäquaten Kausalzusammenhang stehende Schaden berechnet. Worin das schädigende Verhalten im einen und im anderen Fall besteht, ist bereits im Zusammenhang mit der Be-

trachtung des Trennenden des negativen und des positiven Interesses angedeutet worden⁷. Die Aufgabe der folgenden Ausführungen wird sein zu zeigen, wie sich bei dieser Verschiedenheit der beiden Interessen die Anwendung der allgemeinen Grundsätze der Schadensberechnung auswirkt.

1. Schaden

a. Allgemeines

Sowohl beim negativen wie beim positiven Interesse handelt es sich um eine Vermögenseinbuße, die in zwei verschiedenen Formen auftreten kann. Jeder Schaden kann in Gestalt des entgangenen Gewinns oder in der des positiven Schadens oder in beiden Formen auftreten. Negatives Interesse bedeutet das Interesse am Nichteintritt eines schädlichen Ereignisses, positives das Interesse am Eintritt eines vorteilhaften Ereignisses. In beiden Fällen kann aber sowohl das Interesse am Eintritt einer vorteilhaften Tatsache (eines Gewinns) als auch das Interesse am Nichteintritt einer schädlichen Tatsache (eines positiven Schadens) bestehen. In beiden Fällen kann also das Vermögen infolge einer schädlichen Tatsache geringer sein, als es ohne diese wäre oder um soviel nicht vermehrt, als es vermehrt wäre bei Vorliegen einer vorteilhaften Tatsache. Bei beiden Interessarten muß daher der Richter feststellen, was geschehen und was nicht geschehen wäre ohne Eintritt des schädlichen Ereignisses. Innerhalb dieses gemeinsamen Rahmens kommt aber die Verschiedenheit des negativen und des positiven Interesses darin zum Ausdruck, daß in diesem Fall die Form desjenigen Schadens vorwiegt, der mit dem Bestand des gültigen Vertrages und dem damit verfolgten Zweck zusammenhängt, im Falle des negativen Interesses jedoch die Form desjenigen Schadens, der die unmittelbare Folge des Vertragsabschlusses, des vermeintlichen oder des bevorstehenden Vertragsabschlusses, d. h. die Folge davon ist, daß die im Blick auf den Vertrag gemachten Aufwendungen ihren Grund verloren haben, gegenstandslos geworden sind. Freilich haben auch dort die Aufwendungen

⁷ vgl. vorne § 3 und hinten A/2.

nicht zum Ziele geführt, ihren Zweck nicht erreicht; aber weil der Vertrag aufrecht bleibt und an Stelle der nicht erbrachten primären Leistung das Erfüllungssurrogat tritt, so werden sie auf diese Weise berücksichtigt⁸. Dagegen ist auch beim positiven Interesse positiver Schaden denkbar, der als Folge der Nichterfüllung zu betrachten ist, können auch beim positiven Interesse Aufwendungen gemacht worden sein, die nicht gemacht worden wären, wenn der Vertrag erfüllt worden wäre⁹. Freilich kann auch im Falle des negativen Interesses ein Gewinn entgangen sein, nämlich dadurch, daß der Abschluß eines anderen Geschäfts verpaßt worden ist; aber hier wie dort gilt, daß diese andere Schadensart nicht im Vordergrund steht.

b. Typische Schadensformen der beiden Interessen

aa. Typische Schadensform des positiven Interesses (Entgangener Gewinn).

Der Entgang eines Gewinns kommt als typischer Schadensposten des positiven Interesses nicht nur in dem Fall in Betracht, in dem es sich um das Interesse an der Erfüllung überhaupt, d. h. um das Ob der Erfüllung, sondern auch, wenn es sich um das Wie der Erfüllung handelt: die Schlechterfüllung bedeutet eine Verminderung des Gewinns, hat einen Schaden im Betrag eines entgangenen Gewinns zur Folge. Sowenig wie im Falle der Nichterfüllung, kann auch im Falle der Schlechterfüllung auf Grund der Gültigkeit des Vertrages von einem bereits bestehenden Gewinn ausgegangen und der Nichteintritt, bzw. der teilweise Nichteintritt des Gewinns als positiver Schaden aufgefaßt werden, so daß das Vermögen durch das schädigende Verhalten vermindert würde. Kann z. B. infolge Nicht- oder nicht gehöriger Erfüllung die Gelegenheit zu einem Vertragsabschluß nicht benützt werden, so stellt der daraus entstehende Schaden nicht positiven Schaden, sondern entgangenen Gewinn dar. Dasselbe gilt auch dann, wenn infolge Nicht- oder

⁸ vgl. hinten § 10/III/A/1/a/aa.

⁹ z. B. die Kosten der Aufbewahrung (vgl. Lemp 152/153 und hinten § 10/III/A/1/a/aa).

nicht gehöriger Erfüllung ein anderer bereits abgeschlossener Vertrag nicht oder nicht gehörig erfüllt werden kann, wenn also der Gläubiger seinerseits schadenersatzpflichtig wird. Auch insofern handelt es sich nicht um positiven Schaden, sondern um entgangenen Gewinn, indem nicht von dem durch den Gewinn bereits vermehrten Vermögen ausgegangen werden kann; anders liegen die Dinge dann, wenn durch diese Schadenersatzleistung das Geschäft für den Ersatzpflichtigen einen Verlust bringt, das bestehende Vermögen sich vermindert.

bb. Typische Schadensform des negativen Interesses (Positiver Schaden).

Die Feststellung des entgangenen Gewinns beim positiven Interesse verursacht keine besonderen Schwierigkeiten, im Unterschied zur Bestimmung des entgangenen Gewinns im Falle des negativen Interesses; denn zu diesem Zweck muß untersucht werden, was der Ersatzberechtigte getan hätte, wenn sein berechtigtes Vertrauen nicht erweckt und getäuscht worden wäre, d. h. wenn es nicht bestanden hätte. Dagegen läßt sich der positive Schaden ohne große Mühe bestimmen, indem die Frage beantwortet werden muß, was der Geschädigte unter dieser Voraussetzung nicht getan hätte. Auch die Berechnung des positiven Schadens als Bestandteil des Erfüllungsinteresses läßt sich ohne erhebliche Schwierigkeiten vornehmen.

Der Umstand, daß die Feststellung des entgangenen Gewinns praktisch nicht leicht durchzuführen ist, wurde gegen die praktische Verwendbarkeit des negativen Interesses immer wieder ins Feld geführt. Wenn nun auch tatsächlich an den Richter nicht geringe Anforderungen gestellt werden¹⁰, so ist anderseits doch nicht zu übersehen, daß diese Schwierigkeiten bei jeder Kausalitätsfeststellung auftreten und daß, abgesehen davon, praktische Schwierigkeiten nicht dazu führen dürfen, daß der gebotene Rechtsschutz nicht gewährt wird¹¹.

¹⁰ vgl. Simonius 281. •

¹¹ vgl. Scherrer 56/57; Melliger 141/142.

2. Schädigendes Verhalten

a. Positives Interesse

Nicht nur der durch die Nichterfüllung, sondern auch der durch die Schlechterfüllung entstandene Schaden bedeutet positives Interesse. Aber es muß für das Vorliegen eines positiven Interesses eine Vertragsverletzung gegeben sein; andererseits führt aber nicht jede Vertragsverletzung zu einem positiven Interesse¹².

b. Negatives Interesse

Voraussetzung des negativen Interesses ist, daß ein Vertrag entweder unwirksam oder nicht zustande gekommen ist oder nicht zustande kommen wird und daß ein in dieser Richtung bestehendes Vertrauen erweckt und getäuscht worden ist. Das schädigende Verhalten besteht also in der Erweckung und Täuschung eines dahingehenden berechtigten Vertrauens, und diese ist bewirkt durch die Verletzung einer vorvertraglichen Pflicht. Eine Vertragsverletzung kann also nicht gegeben sein, so daß vertragliche Haftung nicht in Betracht kommt¹³. Das Problem liegt nun darin, eine Begründung der negativen Interessehaftung im Sinne des Rechtsgrundes zu geben. Zur Beantwortung dieser Frage ist vor allem darauf abzustellen, ob die negative Interessehaftung im betreffenden Recht eine positivrechtliche Normierung gefunden habe oder nicht. Es ist nun aber nicht etwa so, daß mit der positivrechtlichen Anerkennung der negativen Interessehaftung das Problem gelöst wäre. Die Frage, welcher Natur diese Haftung und welches ihr Rechtsgrund ist, ist damit keineswegs beantwortet, führt doch diese Rechtsfrage weit über den Rahmen der juristischen Technik hinaus. Konkreter ausgedrückt, geht die Frage darum, ob man das schädigende Verhalten, das der negativen Interessehaftung zugrunde liegt, als Verletzung einer vertraglichen Pflicht betrachten oder doch als solche behandeln oder aber als ein widerrechtliches Verhalten ansehen wolle und ob diese Haftung ohne oder nur bei Verschulden eintritt, bzw. eintreten sollte. Diese Frage stellt sich nun ohne

¹² vgl. vorne § 2/I.

¹³ Anders, wenn das neg. Interesse trotz Verletzung einer vertraglichen Pflicht zu ersetzen ist (vgl. hinten § 9/II).

Rücksicht darauf, ob die negative Interessehaftung im betreffenden positiven Recht Anerkennung gefunden habe oder nicht, aber ihre Beantwortung kann im einen Fall eine andere sein als im anderen. Aber nicht nur deshalb werde ich eine in diesem Sinne getrennte Betrachtung durchführen, sondern auch aus dem Grunde, weil die Stellungnahme zu unserem Problem überhaupt weitgehend davon abhängt: Die Frage des Rechtsgrundes und der Natur der negativen Interessehaftung steht nur im größeren Rahmen der Frage nach dem Verhältnis des negativen Interesses zum positiven Interesse¹⁴.

Die Frage der negativen Interessehaftung ist schon zu jener Zeit, da es an der positivrechtlichen Grundlage fehlte, immer und immer wieder erörtert worden, weniger nach der Seite der materiellen Begründung¹⁵ hin, als vielmehr nach der Seite der Frage, wie die als durchaus gerecht und mit der bestehenden Rechtsauffassung im Einklang stehend erscheinende Haftung positives Recht werden sollte. Seit der positivrechtlichen Anerkennung der negativen Interessehaftung steht die Frage der materiellen Begründung im Vordergrund. Die Behandlung dieser Frage ist durchaus keine einheitliche, sind doch hiefür nicht in erster Linie Bedürfnisse des Verkehrs, als vielmehr rechtsphilosophische Erwägungen ausschlaggebend. Ganz besonders da, wo sich die materielle Begründung aus einem Prinzip ergibt, das der ganzen Rechtsordnung zugrunde liegt, bietet die Frage der materiellen Begründung besonderes Interesse. Insofern sind auch dem Weg der formellen¹⁶ Begründung alle Tore geöffnet. Eine besondere Einteilung nach der Seite der materiellen Begründung hin ist deshalb nicht erforderlich, weil sie nur mit Rücksicht auf die verschiedenen Rechtsanschauungen verschiedener Rechte von Recht zu Recht verschieden sein kann, eine nach dem positiven Recht getrennte Betrachtung aber schon für die formelle Begründung erforderlich ist¹⁷.

¹⁴ Darunter fällt vor allem auch die Frage der Schadenersatzfolgen infolge Schuldnerverzuges (vgl. hinten § 9/II).

¹⁵ Frage des Rechtsgrundes und der Natur der neg. Interessehaftung, seines Wesens überhaupt.

¹⁶ Unter formeller Begründung verstehe ich die positivrechtliche.

¹⁷ vgl. hinten §§ 7 und 8.

Aus diesen Betrachtungen geht hervor, daß wir nicht, wie beim positiven Interesse, ein für allemal sagen können, worin das zum Schadenersatz verpflichtende Verhalten besteht¹⁸. Die Behandlung der Frage nach der Art des schädigenden Verhaltens gehört in den Zusammenhang der Betrachtung über die Natur und den Grund der negativen Interessehaftung. Wir müssen zu diesem Zweck einerseits darauf abstellen, ob die negative Interessehaftung vorerst geschaffen werden muß oder ob sie positivrechtlich bereits anerkannt ist, andererseits aber auch auf das positive Recht¹⁹.

3. Kausalzusammenhang

Das Prinzip der Adäquanz des Kausalzusammenhanges kommt, wie für die Berechnung jedes Schadens, so auch für die des negativen und des positiven Interesses zur Anwendung. Voraussetzung der Verantwortlichkeit für einen Schaden ist also die Verursachung eines Ereignisses, das nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Erfahrung geeignet ist, die eingetretene Wirkung herbeizuführen. Für die Bestimmung des negativen und des positiven Interesses, für das der Ersatzpflichtige im Maximum verantwortlich gemacht werden kann, müssen wir nun vom schädigenden Verhalten ausgehen.

a. Positives Interesse

Jeder und nur ein solcher Schadensposten, der mit der Nichterfüllung, bzw. der Schlechterfüllung im Verhältnis des adäquaten Kausalzusammenhanges steht, erscheint als Bestandteil jenes Schadens, an den man die Verantwortlichkeit überhaupt anknüpfen kann.

b. Negatives Interesse

Jeder mit der Erweckung und Täuschung des als berechtigt anerkannten Vertrauens im adäquaten Kausalzusammenhang stehende Schaden gehört zum negativen Interesse. Es hängt

¹⁸ Es steht freilich fest, daß das schädigende Verhalten die Vertrauenserweckung und -täuschung ist, dagegen ist die Frage, welcher Art dieses Verhalten ist, noch offen.

¹⁹ In unserem Recht: vgl. hinten § 8/II/B/2.

nun vom positiven Recht ab, worauf das Vertrauen gerichtet sein muß, damit es als gerechtfertigt erscheinen kann.

B. Schadenersatzbemessung

Der auf Grund des adäquaten Kausalzusammenhangs berechnete Schaden stellt das Maximum dessen dar, was für den Schadenersatz in Betracht fällt. Es liegt nun kein Grund dafür vor, diejenigen Bestimmungen, die sonst für jede Schadenersatzbemessung gelten, nicht auch auf die Bemessung des negativen Interesseersatzes anzuwenden²⁰. Wenn also in einem positiven Recht irgendwelche Herabsetzungsgründe für die Bestimmung des Schadenersatzes ganz allgemein gelten, so besteht kein Grund dafür, sie nicht auch bezüglich des negativen Interesseersatzes anzuerkennen, sofern dem Gesetz nicht eindeutig ein entgegengesetzter Wille zu entnehmen ist²¹; denn das negative Interesse ist ein Schaden wie jeder andere, dessen Ersatz ist Schadenersatz wie jeder andere, wenn auch das Problem seiner materiellen und seiner formellen Begründung so oft und so rege in Theorie und Praxis erörtert wurde. Sollte auch die Anwendung der für die Schadenersatzbemessung allgemein geltenden Grundsätze für den negativen Interesseersatz positivrechtlich ausgeschlossen sein, so könnte diese Abweichung doch nicht aus dem Wesen der Haftung erklärt werden.

Aus diesem Grunde besteht auch unter dem Gesichtspunkt der Schadenersatzbemessung eine Gemeinsamkeit des negativen und des positiven Interesses.

C. Haftungsprinzip

Ist nun das negative Interesse ohne Rücksicht auf das Verschulden zu ersetzen, oder soll eine Haftung nur bei Verschul-

²⁰ Für den pos. Interesseersatz ist in unserem Recht OR 99/III anzuwenden.

²¹ In unserem Recht: vgl. hinten §§10/III/B, 11/I/B.

den eintreten, und welcher Verschuldensgrad ist in diesem Fall zu vertreten?

Die Entscheidung dieser Frage hängt davon ab, welches Haftungsprinzip der betreffenden Rechtsordnung zugrunde liegt. Unter dem rechtspolitischen Gesichtspunkt fällt aber im Falle der positivrechtlichen Geltung des Verschuldensprinzips der Umstand in Betracht, daß der negativen Interessehaftung eine c. i. c. zugrunde liegt, welches Verhalten in der Verletzung einer vorvertraglichen Sorgfaltspflicht besteht, so daß, wenn kein Verschulden vorliegt, doch, objektiv betrachtet, mehr als eine bloße Verursachung gegeben ist. Diese Tatsache vermag sich nun in einem rechtspolitischen Postulat, je nach dem positiven Recht, Geltung zu verschaffen oder nicht, d. h. je nachdem, ob neben dem Verschuldungsprinzip die Verursachungshaftung überhaupt anerkannt sei oder ob das Verschuldensprinzip absolute, uneingeschränkte Geltung besitze²². Im Wesen der negativen Interessehaftung liegt aber die ratio für eine Haftung ohne Verschulden begründet, kann also ein Gegensatz zu der Schadenersatzhaftung im allgemeinen, der positiven Interessehaftung im besonderen²³, liegen.

²² In unserem Recht: vgl. hinten § 12/I/C/2.

²³ vgl. dagegen die Auseinandersetzung mit der Theorie des Veranlassungsprinzips: hinten §§ 5/II/A/1/a/bb und 5/II/A/2; Melliger 119 ff.

II. Buch:

Lösung des Problems

1. Kapitel:

Die negative Interessshaftung ohne positivrechtliche Grundlage

§ 5: Die gemeinrechtlichen Konstruktionen der negativen Interessshaftung und ihre Würdigung

I. Allgemeine Betrachtungen

Schon bevor Jhering seine Theorie von der c. i. c. aufstellte, war immer wieder die Frage nach dem Schadenersatz im Falle der Unwirksamkeit von Verträgen zur Sprache gekommen. Sie war aber nie als ein Problem, als einheitliche Frage behandelt worden, sondern hatte den betreffenden Autoren nur zur Lösung der gerade aktuellen Zweifelspunkte Anlaß gegeben. Daß all diesen Fällen ein gemeinsames Fundament zugrunde liegt, daß es die Frage nach der Schadenersatzpflicht bei unwirksamen, nicht zustande gekommenen und nicht zustande kommenden Verträgen gibt, erkannte niemand^{1 2}. Auf den Unterschied zwischen dem Erfüllungs- und dem negativen Interesse

¹ vgl. Brock 39 ff.

² Allgemein anerkannte die Theorie eine Haftung im Falle des Widerrufs einer Offerte unter Abwesenden (vgl. z. B. Scheurl: Vertragsschluß unter Abwesenden, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, 2 (Jena 1858) S. 274).

hatten vor Jhering schon Savigny³ und Mommsen⁴ hingewiesen. In immer stärkerem Maße erwies sich eine Lösung dieses Problems als unumgänglich, um vor allem den seit den Zeiten des römischen Rechts wesentlich veränderten Bedürfnissen des Verkehrs Rechnung tragen zu können⁵. Vorerst hätte man nun das Problem für das römische Recht erörtern und Tatsache, Umfang und Art der Haftung in ihm untersuchen und erst dann prüfen müssen, wie für das gemeine Recht die Frage zu behandeln gewesen wäre. Unabhängig vom rein römischen Recht hätte man dann die juristische Konstruktion des Problems herauszuarbeiten versuchen müssen. Hier hätte man wiederum unterscheiden müssen zwischen dem Fall des Bestehens eines Gewohnheitsrechts und dem des Fehlens eines solchen⁶. Im letzteren Fall hätte man an dem Maßstab eines grundlegenden rechtsphilosophischen Prinzips die Kasuistik für die in Frage stehende Schadenersatzpflicht herausarbeiten und darauf hinwirken müssen, daß ihre Ergebnisse auf dem Wege der Praxis, des ständigen Gerichtsgebrauchs, zum Recht geworden wäre⁷. Statt dessen zog man die Quellen heran und versuchte, durch Interpretation der Quellenstellen zur Aufstellung eines für das moderne Rechtsleben berechneten allgemeinen Grundsatzes zu gelangen. Die Ausdehnung der Schadenersatzverpflichtung über die eng begrenzte Culpahaftung des römischen Rechts hinaus erschien als ein Bedürfnis der Zeit. Man glaubte nun, teils im römischen, teils im altgermanischen Recht den Nachweis für den positivrechtlichen Bestand einer solchen Haftung zu finden, ohne zu beachten, daß dort das Verschuldensprinzip herrschte und hier das Verursachungsprinzip, der Grund der Verursachungshaftung somit ein ganz anderer sein mußte. Aber abgesehen vom Haftungsprinzip, suchten Jhering und die späteren Autoren vergeblich nach einer positivrechtlichen Grundlage einer prinzipiellen Haftung bei Unwirksamkeit, bzw. Nichtzustandege-

³ vgl. Savigny 294 N d.

⁴ vgl. Mommsen, 1. Abt. 107.

⁵ vgl. Brock 57.

⁶ vgl. Brock 25.

⁷ vgl. Brock 58.

kommensein des Vertrages⁹. Logisch verfahren nur diejenigen, welche für das gemeine Recht die neue Lehre überhaupt ablehnten, weil sie eben in den römischen Quellen nicht enthalten sei¹⁰. Wieder andere fragten nicht nach dem positiven Quellenbestand. Die von ihnen dargestellte Lehre war ihnen eine Forderung der *aequitas*, der *bona fides*: das, von dem sie wollten, es wäre geltendes Recht, nahmen sie als solches an¹¹.

Ich möchte nun aus folgenden Gründen die Konstruktion Jherings von der *c. i. c.* an die Spitze meiner Untersuchungen stellen:

1) Einerseits hat er mit seiner Theorie den Versuch unternommen, aus den vereinzelt römischen Quellenstellen ein Prinzip abzuleiten und dieses auf die modernen Bedürfnisse zu übertragen. Dieser Umstand erlaubt es, in diesem Zusammenhang abschließend zur Frage nach der Bedeutung des römischen Rechts für die negative Interessehaftung Stellung zu nehmen. Wenn auch andere Konstruktionen sich auf einzelne Quellenstellen stützten, so doch nicht in dem Sinn, daß aus diesen durch Verallgemeinerung ein für das moderne Recht geltendes Prinzip abgeleitet worden wäre. Allerdings hat auch die romanistische Theorie des Veranlassungsprinzips versucht, den Nachweis dafür zu erbringen, daß die negative Interessehaftung im römischen Recht fundiert sei, und damit die Quellen mit dem gemeinen Recht zu verbinden. Diese Lehre ist aber doch sehr stark beeinflusst durch die Ergebnisse Jherings hinsichtlich der Bedeutung des römischen Rechts; diese Beeinflussung war ohne weiteres möglich, hatte doch Jhering als erster das Problem der negativen Interessehaftung einheitlich behandelt und die Bedeutung des römischen Rechts für diese Frage aufzuzeigen versucht. Das, wodurch sich die Lehre vom Veranlassungsprinzip von derjenigen Jherings unterscheidet, ist allein die Verallgemeinerung einer in vereinzelt Quellenstellen vermeintlich ausge-

⁸ vgl. hinten II/A und B.

⁹ Ueber den Versuch, Grund und Umfang der neg. Interessehaftung im römischen Recht in räumlicher Ausdehnung auf die modernen Verhältnisse zu übertragen: vgl. Brock 25.

¹⁰ vgl. Mommsen: Ueber die Haftung der Kontrahenten bei der Abschließung von Schuldverträgen, Erörterungen aus dem Obligationenrecht (Braunschweig 1879), 2. Heft 50, 79, 80, 89, 105, 112, 129; Brock 3.

¹¹ vgl. Brock 3/4.

sprochenen Haftung (ohne Verschulden¹²) zu einem Haftungsprinzip^{13 14}.

2) Andererseits hat Jherings Untersuchung eine gewaltige Bewegung dadurch hervorgerufen, daß er seine Lehre nicht als bloß subjektives Postulat vortrug, sondern den Beweis ihrer positivrechtlichen Verwirklichung zu erbringen versuchte, indem er die Frage nach der Schadenersatzpflicht bei Unwirksamkeit, bzw. Nichtzustandegekommensein von Verträgen einheitlich beantwortete, aber auch in einer reichen Kasuistik fixierte, die von späteren Autoren fast unverändert übernommen wurde.

Dieser Umstand bringt es mit sich, daß ich die formaljuristischen Konstruktionen der rechtsphilosophischen voranzustellen habe, wenngleich die „Bona fides“-Theorie wohl dieselbe Bedeutung erlangt hat wie die der c. i. c.

II. Die einzelnen Konstruktionen

A. Die formaljuristischen Konstruktionen

1. Die romanistischen Begründungsversuche der negativen Interessehaftung

a. Versuche eines positivrechtlichen Nachweises der negativen Interessehaftung als solcher in den römischen Quellen

aa. Die Theorie der c. i. c. (Vertragliche Haftung).

Jhering war es darum zu tun, für sein Postulat der in Frage stehenden Ersatzpflicht den positivrechtlichen Nachweis zu erbringen durch den Versuch, aus den Quellen eine Konstruktion

¹² Jhering dagegen sieht ein, daß er ohne den Begriff der culpa nicht auskommt, macht dann aber aus dieser culpa eine culpa ohne culpa (vgl. hinten II/A/1/a/aa).

¹³ vgl. Melliger 121; Brock 168.

¹⁴ vgl. hinten II/A/1/a.

zu gewinnen, die es ermöglichte, ein allgemeines Prinzip aufzustellen, das alle möglichen Fälle erfaßte, in denen sich das Bedürfnis nach einer solchen Haftung aufdrängte; denn das positive Recht band ihn an die Quellen. Seine Untersuchung ist scheinbar eine Deduktion. Dieser geht aber nicht eine objektive Induktion voraus. Er benützt das erst aus der Deduktion des induktiv Bewiesenen zu gewinnende Ergebnis. „Jhering hat jedoch in Wahrheit das Prinzip bereits im Geiste und schiebt es den einzelnen Quellsätzen selbst unter¹⁵.“ So ging Jhering daran, den quellenmäßigen Grund und Boden seiner Theorie zu finden (nicht zu suchen).

Die Quellenstellen, von denen Jhering ausging und durch deren Interpretation er zur Aufstellung eines für das moderne Rechtsleben berechneten Grundsatzes gelangte, handeln von Kaufverträgen über unmögliche Leistungen, die einen von Kaufverträgen über *res extra commercium*, die anderen von solchen über nicht existierende Sachen. Unsere Aufgabe besteht vorerst darin zu prüfen, ob Jhering diese Stellen überhaupt richtig interpretierte, ob sie also tatsächlich die negative Interesseshaftung vorsehen oder nicht. Die Antwort auf diese Frage hängt davon ab, ob die betreffenden Verträge unwirksam gewesen waren oder nicht.

Grundsätzlich gelten im römischen Recht Obligationen, die auf unmögliche Leistungen gerichtet sind, für unwirksam (Celsus: „*Impossibilium nulla obligatio est*“) ^{16 17}. Dagegen gehen die Ansichten darüber auseinander, ob die Frage der Unwirksamkeit darnach zu beurteilen sei, ob der Gläubiger die Unmöglichkeit kannte oder nicht¹⁸. Wenn nun auch im römischen Recht die Kenntnis des Gläubigers auf die Wirksamkeit des Vertrages grundsätzlich ohne Einfluß war, so erhebt sich doch die berechtigte Frage, ob von diesem Grundsatz vielleicht hinsichtlich der Kaufverträge über eine *res extra commercium* oder über einen *liber homo* bei gutem Glauben des Käufers eine Ausnahme ge-

¹⁵ vgl. Brock 49.

¹⁶ vgl. D 50, 17, 185.

¹⁷ vgl. Mommsen, 1. Abt. 103.

¹⁸ vgl. Windscheid/Kipp 290; Savigny: Das Obligationenrecht, II (Berlin 1853) 288 ff.

macht worden sei¹⁹. Die Schwierigkeit der Beantwortung dieser Frage besteht darin, daß wohl eine Reihe von Digestenstellen über eine *res extra commercium* deutlich die Unwirksamkeit des Vertrages aussprechen, jedoch die Frage offen lassen, ob der gute Glaube des Käufers einen solchen Vertrag dennoch rechtsgültig sein lasse. Die Regel hinsichtlich dieser Unwirksamkeit ist nun aber so allgemein, daß der *bona fides* des Käufers wohl kaum Einfluß auf die Wirksamkeit des Vertrages eingeräumt wurde²⁰. Andererseits ist in einer Anzahl anderer Stellen der Verkauf eines freien Menschen bei gutem Glauben des Käufers für gültig angesehen worden²¹, und einzelne Stellen setzen den Fall der *locus sacra vel religiosa* dem des *liber homo* gleich²².

Wenn also feststeht, daß das römische Recht den Kaufkontrakt über einen *liber homo* für wirksam erklärte, so ist in den Stellen, in denen der Kauf einer *res extra commercium* dem eines *liber homo* gleichgestellt ist, auch der Vertrag einer *res extra commercium* für rechtswirksam befunden worden²³.

So wären nun diese Stellen, die die Wirksamkeit des Vertrages bei gutem Glauben des Käufers aussprechen, als Spezialbestimmungen gegenüber dem Grundsatz zu betrachten, daß ein Vertrag über eine *res extra commercium* unwirksam ist, wenn nicht noch zwei weitere Quellenstellen in Betracht gezogen werden müßten, die seitens der Gegner dieser Entscheidung ebenfalls als Spezialbestimmungen geltend gemacht werden, nämlich als solche, welche den Kauf über eine *res extra commercium* auch bei gutem Glauben des Käufers als unwirksam erklären sollen²⁴. Würde nun das römische Klagesystem die Annahme gestatten, daß die Kontraktsklage stets auf Wirk-

¹⁹ Nur für den Fall des guten Glaubens auf Seiten des Käufers ist selbstverständlich die Frage der Wirksamkeit aufgeworfen. Der gute Glaube aber ist allgemeine Voraussetzung des Schadenersatzanspruches bei Unwirksamkeit von Verträgen.

²⁰ vgl. Brock 13; D 18, 1, 22.

²¹ vgl. D 18, 1, 70.

²² vgl. D 18, 1, 4.

²³ Ich möchte mich hier mit dem Ergebnis der Untersuchungen Brocks (15--17) begnügen, um eine kritiklose Uebernahme seiner Beweisführung zu vermeiden.

²⁴ vgl. D 18, 1, 62, 1 und 11, 7, 8, 1.

samkeit des Vertrages schließen lasse, dann wäre es schließlich denkbar, auch in diesem Fall Wirksamkeit des Vertrages anzunehmen. Nun findet sich aber in den Quellen eine ganze Anzahl von Fällen, in denen die *actio empti* zu anderen Zwecken gegeben wird, als um Ansprüche aus dem Vertrag geltend zu machen²⁵. Die *actio empti* spricht also in keiner Weise gegen die Unwirksamkeit des Kaufs. Zu diesem Ergebnis müssen wir erst recht dann gelangen, wenn der römische Jurist dem Käufer eine *actio in factum* gibt (D 11, 7, 8, 1)²⁶. Wenn nun auch die Zulassung der Vertragsklage noch nicht für die Wirksamkeit des Vertrages spricht, so ist doch anderseits bei Wirksamkeit eines Vertrages ausnahmslos nur die Kontraktsklage annehmbar.

Daraus geht hervor, daß einige Quellenstellen den Kaufvertrag über eine *res extra commercium* selbst bei gutem Glauben des Käufers ausdrücklich für unwirksam halten, während andere ausdrücklich das Gegenteil statuieren. Ein Widerspruch ist also gegeben. Ihn zu lösen, ist deshalb nicht möglich, weil die hiefür notwendigen Erkenntnismittel fehlen, so daß hierüber nur unbestimmte Vermutungen rein subjektiver Natur denkbar sind²⁷.

Jhering vermeidet diesen Widerspruch dadurch, daß er auch den Verkauf eines freien Menschen bei gutem Glauben des Käufers für unwirksam hält. Er geht nun aber nicht etwa so vor, daß er untersuchte, ob der Vertrag wirksam sei oder nicht und auf Grund dieser Feststellung auf das positive oder das negative Interesse schlosse, sondern er untersucht, welche Haftung in den einzelnen Fällen eintritt. Daraus zieht er dann den Schluß, daß der betreffende Vertrag wirksam sei oder nicht. Wenn tatsächlich feststünde, daß bei einem unmöglichen Kaufvertrag das negative Interesse zu ersetzen wäre, dann wäre auch die Frage der Wirksamkeit gelöst. Dieser Umstand ist aber nicht die logische Folge jener Tatsache; denn um über die Art der

²⁵ vgl. Brock 18/19; Melliger 28 ff.; Jhering 28—30, der allerdings in jedem Fall die vertragliche Natur der *actio empti* annimmt.

²⁶ vgl. Melliger 36 ff.

²⁷ vgl. Mommsen, 1. Abt. 128 — 131; Leonhard; Besprechung der Abhandlung Mommsens: Ueber die Haftung bei der Abschließung von Schuldverträgen, Zeitschrift für d. gesamte Handelsrecht, 26 (NF11) (Stuttgart 1881) S. 294.

Haftung Aufschluß zu haben, ist ja gerade die Kenntnis der Wirksamkeit, bzw. der Unwirksamkeit des Vertrages erforderlich. Die Begründung dafür, daß der Käufer einer *res extra commercium* oder eines *liber homo* Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses habe, gibt Jhering einerseits durch den Hinweis auf den Umstand, daß in den Stellen, die vom Verkauf eines freien Menschen handeln, nichts vom Erfüllungsinteresse gesagt ist und anderseits damit, daß bei einer *res extra commercium* die Schätzung des Erfüllungsinteresses ausgeschlossen sei. Dabei stellt er den Kauf eines *liber homo* hinsichtlich der Wirksamkeit demjenigen einer *res extra commercium* gleich²⁸.

Aus diesen Gründen darf wohl Jhering keinen Anspruch darauf erheben, mit seiner Theorie „festen, quellenmäßigen Grund und Boden“ betreten zu haben. Sichere Ergebnisse liefern nur jene Stellen, die sich auf den Kauf einer nicht existierenden Erbschaft beziehen²⁹. Wenn sich der Vertrag auf eine beim Abschluß desselben wirklich existierende Sache richtete, so hinderte dieser Umstand die Gültigkeit des Vertrages nicht, indem dieser wie der Kauf einer fremden Sache behandelt wurde. Anders verhielt es sich jedoch in dem Fall, wo der Kauf über eine überhaupt nicht existierende Sache abgeschlossen wurde, indem der Verkäufer dem Käufer dessen Interesse zu ersetzen hatte, wobei der betreffende Vertrag unwirksam war. Die Tatsache, daß schon nach römischem Recht der über eine nicht vorhandene Sache abgeschlossene Vertrag nichtig war, geht auch aus anderen Stellen hervor³⁰.

Hinsichtlich jener Fälle nun, in denen die Quellen von der Unwirksamkeit des Vertrages sprechen, gelangen wir zum Ergebnis, daß der Käufer einen Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses hat; denn es ist nicht nur so, daß der Ersatz dieses Interesses die Unwirksamkeit des Vertrages voraussetzt, sondern die Unwirksamkeit legt auf der anderen Seite dem Verkäufer auch stets diese Schadenersatzpflicht auf. Auch wenn nun aber der Ersatz des negativen Interesses in den römischen

²⁸ vgl. Brock 14/15.

²⁹ vgl. D 18, 4, 8 und 9.

³⁰ vgl. Brock 21; D 18, 4, 7 und 18, 1, 8.

Quellen zu finden ist, so doch nicht in dem Umfang, in welchem Jhering ihn als vorhanden behauptete. Sollte es nun auch nicht so sein, daß er das zu Beweisende als Beweis dafür verwendete, sondern müßte angenommen werden, er hätte aus den Quellenstellen die Nichtigkeit der betreffenden Verträge abgeleitet und sodann auf die Art des Interesses geschlossen, auf jenen Widerspruch der Quellen stieß er jedenfalls nicht, indem er auch in solchen Fällen, in denen der Vertrag gültig war, Ungültigkeit annahm. Der Umstand aber, daß er aus den Worten „quod eius interfuit, ne deciperetur“ für alle Fälle auf das negative Interesse schloß, legt die Annahme nahe, daß es ihm vorerst um die Feststellung der Art des Schadenersatzes ging. Der Ausdruck „interest, ne deciperetur“ bedeutet nun aber einfach das Interesse des Käufers, nicht getäuscht zu werden. Getäuscht wird nun aber der Käufer einer verkehrsunfähigen Sache sowohl in der Weise, daß seine Dispositionen auf Grund des Vertrauens in die Wirksamkeit des Vertrages umsonst sind, als auch in der Hoffnung auf die Erfüllung des Vertrages³¹. Aus diesem Grunde ändert jene Wendung nichts daran, daß von Fall zu Fall geprüft werden muß, ob das negative oder das positive Interesse gemeint sei, und diese Feststellung führt eben nur über die Klarstellung, ob in den betreffenden Quellenstellen Wirksamkeit oder Unwirksamkeit des Vertrages ausgesprochen sei. Nachdem wir nun den Grund dafür kennengelernt haben, daß Jhering in einem weiteren Umfang das Vorhandensein des negativen Interesses in den Quellen behauptete, ergibt es sich ohne weiteres, daß seine Quelleninterpretation nicht nur in dieser Hinsicht, sondern auch bezüglich der Begründung für die Existenz des negativen Interesses vom richtigen Ergebnis abweicht.

Die Tatsache, daß das römische Recht in der Tat, wenn auch nur spärlich, Zeugnis ablegt vom Vorhandensein des negativen Interesses, führt uns nun zu der weiteren Frage, ob, wie das Jhering glaubte, aus ihnen ein Prinzip für die Schadenersatzverpflichtung bei unwirksamen, bzw. bei nicht zustande gekommenen Verträgen abgeleitet und auf das moderne Rechts-

³¹ vgl. Leonhard: a. a. O. 294 ff.

leben anwendbar erklärt werden könne, ob also die Interpretation der Quellenstellen die Aufstellung eines entsprechenden Grundsatzes gestatte, der den Bedürfnissen der modernen Zeit genüge.

Die Quellen behandeln nun lediglich Rechtsfälle, die eine Ersatzpflicht wegen Unmöglichkeit der Leistung festsetzen, und zwar deren ganze zwei. Das Postulat Jherings ging nun aber viel weiter; vor allem forderte er eine Haftung im Falle der Unwirksamkeit wegen wesentlichen Irrtums; denn die Formlosigkeit der Verträge, der Verkehr mit Post und Telegraph führt leicht zur Unwirksamkeit des Vertrages auf Grund eines Irrtums oder einer falschen Uebermittlung³². Da nun aber das römische Recht hierüber keine Rechtsnorm kannte, so stellte sich die Frage, ob in diesen Rechtssätzen, die für den Fall der Unwirksamkeit des Vertrages wegen Unmöglichkeit eine Schadenersatzpflicht des Verkäufers statuierten, ein Prinzip der Haftung bei Unwirksamkeit (bzw. Nichtzustandegewordensein) von Verträgen ausgesprochen sei und daher die Bestimmungen der Quellenstellen analog auf diese weiteren Fälle angewendet werden könnten. Ob nun aber ein solches Prinzip aus den in Frage stehenden Quellen abgeleitet werden könne, das hängt davon ab, ob in den übrigen Fällen der Unwirksamkeit von Verträgen dieselbe ratio gegeben sei. Diese ist in den betreffenden Stellen nicht ausgesprochen. Sie zu erforschen und sodann mit derjenigen der übrigen Fälle zu vergleichen, dieses Vorgehen allein hätte den Anspruch auf Objektivität erheben dürfen. Jhering hätte die bestehende Diskrepanz erkennen müssen, indem es sich gezeigt hätte, daß die subjektive Haftungsvoraussetzung der Ersatzpflicht in den dahin zu prüfenden Fällen von Unwirksamkeit des Vertrages, entsprechend den veränderten Verhältnissen und Bedürfnissen, eine andere sein mußte³³. Somit wäre es auch klar zutage getreten, daß das römische Recht keine Lösung der Frage nach der Haftung bei Unwirksamkeit von Verträgen kannte, wie sie die modernen Verkehrsbedürfnisse forderten. Jhering hätte nur noch die Wahl zwischen zwei Möglichkeiten logischen Vorgehens gehabt:

³² vgl. Brock 57.

³³ vgl. hinten § 12/I/C/2.

- 1) Entweder hätte er die culpa als Voraussetzung der Ersatzpflicht betrachten und hiefür den Versuch einer Verallgemeinerung unternehmen sollen³⁴, während er in den Fällen, in denen er eine Ersatzpflicht verlangte, obwohl eine culpa nicht gegeben war, im vornherein sich nicht auf die Quellen hätte stützen können, oder
- 2) er hätte die culpa nicht als Voraussetzung der Ersatzpflicht betrachten, dann aber darauf verzichten sollen, über die Kasuistik der Quellen hinweg zu einem allgemeinen Ergebnis zu gelangen.

Weil er nun aber einerseits unter allen Umständen die positivrechtliche Grundlage für die Verwirklichung seines Postulates in den Quellen finden wollte, jedoch nicht darum herum kam, die culpa als Voraussetzung der in den Quellen vorgesehenen Ersatzpflicht zu betrachten, anderseits aber eine Haftung ohne Verschulden forderte, so mußte er eine solche culpa konstruieren und gelangte so zu jener culpa ohne culpa³⁵. Nun aber war er sich darüber im klaren, daß es sich dabei nicht mehr um die bei den Römern regelmäßig vorhandene culpa handelte, sondern um eine objektive ohne persönliches Verschulden. Wollte er aber nicht die positivrechtliche Grundlage preisgeben, dann mußte er den Nachweis für das Bestehen einer solchen objektiven culpa erbringen. Zu diesem Zwecke führte er mehrere Quellenstellen an³⁶. Abgesehen davon, daß Jhering diese auch sonst nicht einwandfrei interpretierte, so ist jedenfalls in den in Frage stehenden Fällen von einer solchen culpa nicht die Rede. Das hätte Jhering erkannt, wenn er sich zuerst gefragt hätte, warum der Verkäufer in den einzelnen Quellenstellen haftete, und nicht, was er für sein Rechtspostulat brauchte. Aber auch abgesehen davon, daß das römische Recht diese objektive culpa nicht kannte und daher nicht einmal die Grundlage für eine Verallgemeinerung hinsichtlich jener Fälle in den römischen Quellen zu finden ist, in denen diese objektive culpa

³⁴ Aber auch in diesem Rahmen wäre die positivrechtliche Grundlage nicht im römischen Recht zu finden gewesen.

³⁵ vgl. Brock 50/51.

³⁶ vgl. D 47, 2, 61, 5; 15, 3, 17 pr.; 17, 1, 8, 8; 17, 1, 29, 2; 17, 2, 52, 4; 17, 2, 61; 18, 4, 2, 7 (vgl. Jhering 37 N 35).

gegeben ist, so befriedigt auch diese objektive culpa gar nicht in allen Fällen der Unwirksamkeit von Verträgen, indem nicht immer eine objektive culpa möglich ist³⁷. Wollte er somit allen Fällen gerecht werden, dann mußte er sich gänzlich lösen von der Voraussetzung der culpa, damit aber auch von den römischen Quellen. Wenn auch Jhering erklärte, er wolle lieber glauben, bei seiner Konstruktion einen ihm unbewußten Fehler begangen zu haben als in dem Fall keine Klage geben zu können, in dem eine objektive culpa nicht denkbar sei, und er später selber zur Erkenntnis kam, daß die von ihm aufgestellte Theorie der c. i. c. durch eine objektivere ersetzt werden müßte³⁸, so zog er daraus doch nicht die Konsequenz, den Gedanken der positivrechtlichen Fundierung der negativen Interesseshaftung im römischen Recht preiszugeben, wenngleich er ursprünglich selber erklärte, daß aus den Quellen ein allgemeines Prinzip für die Klage auf Ersatz des negativen Interesses nur mittelst der culpa zu gewinnen sei; andernfalls fehle es an der Brücke, um von den Fällen der Quellen zu den vielen anderen zu gelangen, in denen dasselbe Bedürfnis nach einer solchen Schadenersatzklage bestehe^{39 40}.

Daraus geht hervor, daß ohne Rücksicht darauf, welche Haftung in den betreffenden Quellenstellen gemeint ist, ob dolus erforderlich war oder ob bereits culpa genügte⁴¹, im römischen Recht die Grundlage für die Haftung bei Unwirksamkeit von Verträgen nicht zu finden ist; ja selbst wenn eine Verursachungshaftung in den in Frage kommenden Quellenstellen vorgesehen wäre, so hätte sie keinesfalls nach subjektivem Ermessen auf die anderen Tatbestände übertragen werden dürfen, in denen sich nach gemeinem Recht eine Haftung für das

³⁷ Unwirksamkeit der Offerte bei Tod des Offerenten. Jhering (92/93) sieht in diesem Fall die culpa darin, daß der Abwesende statt der eigenen mündlichen Mitteilung sich eines unsicheren Mittels, nämlich eines Briefes oder einer Mittelsperson, bediente.

³⁸ vgl. Jhering: Das Schuldmoment im röm. Privatrecht (Gießen 1867) 38 N 73.

³⁹ vgl. Jhering 40.

⁴⁰ vgl. Brock 52—54.

⁴¹ Darüber etwas Bestimmtes zu sagen, ist, angesichts der Unklarheit und Dürftigkeit des Quellenmaterials, ein Ding der Unmöglichkeit (vgl. Brock 26 ff.; Mommsen, 1. Abt. 122 ff.; Melliger 106 ff.).

negative Interesse aufdrängte^{42 43}; denn die Verhältnisse sind in diesen Fällen doch ganz andere als in jenen, so daß auch die ratio der Haftung ohne Verschulden nicht dieselbe sein könnte. Mögen nun die Quellen so oder anders interpretiert werden, letztere Tatsache hat absolute Geltung, so daß aus dem römischen Recht nie und nimmer ein Prinzip der Haftung bei Unwirksamkeit von Verträgen abstrahiert werden kann.

Bevor ich auf die Frage eintreten möchte, aus welchem Grunde Jhering unter allen Umständen die geforderte Schadenersatzpflicht aus den Quellen ableiten wollte, ist es wohl notwendig, auf die Frage nach der Natur der von Jhering geforderten negativen Interessehaftung zu sprechen zu kommen. Diese Frage hängt aufs engste mit der eben behandelten zusammen, in dem Sinn, daß sie Jhering nur in einer ganz bestimmten Richtung beantworten konnte, wollte er daran festhalten, daß der Grund der Pflicht zum Ersatz des negativen Interesses die culpa sei. Jhering selbst sagt: „Ohne Annahme einer culpa erscheint die Schadenersatzverbindlichkeit als eine völlig isolierte Bestimmung, mit Annahme einer solchen ordnet sie sich allgemeinen Grundsätzen der Vertragstheorie unter⁴⁴“. Jhering will also den Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses trotz Nichtigkeit des Vertrages auf den Gesichtspunkt kontraktlicher Verschuldung zurückführen; denn dieser Schadenersatzanspruch lasse sich weder unter die vertragliche actio doli noch unter die außervertragliche actio legis Aquiliae subsumieren⁴⁵, und da nun die Verschuldung mit einem intendierten Vertragsverhältnis verbunden sei, und zwar nicht nur äußerlich, sondern auch innerlich, mit juristischer Notwendigkeit⁴⁶, darum müsse die culpa als kontraktliche angesehen werden. Wenn auch die Quellen den Vertrag als nichtig bezeichnen, so soll das nicht gänzliche Wirkungslosigkeit bedeuten, sondern bloß, daß der eigentliche Zweck des Vertrages, die Erfüllung

⁴² vgl. hinten § 5/II/A/1/a/bb.

⁴³ vgl. Brock 38.

⁴⁴ vgl. Jhering 40.

⁴⁵ vgl. Jhering 24.

⁴⁶ vgl. Jhering 26.

ausgeschlossen sei, nicht aber z. B. die in Frage stehende Schadenersatzklage. Daher sei auch die Kontraktsklage zur Geltendmachung des Schadenersatzanspruches gegeben⁴⁷.

Wenn Jhering um jeden Preis in den Quellen eine culpa finden wollte, die ihm eine Verallgemeinerung der in den betreffenden Stellen ausgesprochenen negativen Interessshaftung auf alle Fälle der Unwirksamkeit, bzw. des Nichtzustandegekommenseins von Verträgen gestatten sollte, wenn er mit dem römischen Recht den positivrechtlichen Nachweis einer solchen Haftung geben wollte, dann mußte er auch die Auffassung von der vertraglichen Natur dieser culpa vertreten; denn die römischen Juristen haben die verpflichtende Wirkung der außervertraglichen culpa auf die Form der aquilischen, d. h. der sichtbaren, materiellen Beschädigung äußerer Gegenstände beschränkt, trotz aller Freiheit, die sie sich bei Ausdehnung der aquilischen Klage erlaubten, so daß es unmöglich war, den betreffenden Schadenersatzanspruch an die Fälle außerkontraktlicher Schädigung anzulehnen⁴⁸. Damit nun eine culpa in contrahendo gegeben war, mußte sie sich auf einen Schaden beziehen, den jemand schuldhaft bei Gelegenheit eines beabsichtigten Kontraktsverhältnisses einem anderen zufügte. Da wollte Jhering die Grenze ziehen, um die Fälle außervertraglicher culpoſer Schädigung von der in Frage stehenden Haftung auszunehmen, z. B. das Versehen bei einer aus Gefälligkeit gemachten Mitteilung. Damit hatte er eine feste Abgrenzung des Gebietes derjenigen culpa gefunden, die zum Ersatz des negativen Interesses verpflichten sollte, nämlich die der culpa bei Abschluß von Verträgen⁴⁹.

So gelangte Jhering zum Begriff der c. i. c. Dieser Begriff umfaßt sowohl die Fälle der Nichtigkeit wie die des Nichtzustandegekommenseins von Verträgen⁵⁰. Damit wollte also Jhe-

⁴⁷ vgl. Jhering 29.

⁴⁸ Vgl. Jhering 24.

⁴⁹ vgl. Jhering 7.

⁵⁰ Jhering forderte aber auch für den Fall der Zurücknahme einer öffentlichen Auslobung vor der Akzeption Haftung auf Ersatz des neg. Interesses (vgl. Jhering 93 ff.). Insofern wollte Jhering nicht nur das Vertrauen darauf schützen, daß der Vertrag zustande gekommen sei (z. B. Tod des Offerenten und Widerruf der Offerte im Falle bereits erfolg-

ring nicht nur ausdrücken, daß all diesen Fällen die culpa bei Abschluß von Verträgen gemeinsam sei, sondern darüber hinaus, daß es sich dabei um eine vertragliche Haftung handle. „Das Gebot der contractlichen diligentia gilt wie für gewordene, so auch für werdende Contractsverhältnisse, eine Verletzung desselben begründet hier, wie dort die Contractsklage auf Schadensersatz“⁵¹. Zu dieser vertraglichen Natur der Haftung gelangte also Jhering nur deshalb, weil er zur Begründung der negativen Interessehaftung von der culpa ausgehen wollte, und zwar nicht deshalb, weil es ihm aus diesem Grunde unmöglich gewesen wäre, eine außervertragliche Haftung anzunehmen, sondern weil er von der Vorstellung der Notwendigkeit ausging, die negative Interessehaftung positivrechtlich nachzuweisen, wenn sie überhaupt Recht sein sollte und er darum überhaupt nur vor zwei Möglichkeiten gestellt war, wovon die eine, eben die außervertragliche, aus dem genannten Grunde nicht in Betracht fiel. An den Weg des Gewohnheitsrechtes dachte er daher nicht⁵². Damit will freilich noch nicht gesagt sein, daß die Annahme vertraglicher Natur unrichtig, sondern nur daß jedenfalls die Begründung dafür unzutreffend sei. Zugegeben: Jhering wußte Argumente dafür anzuführen, was für ihn im vorneherein feststand und von dem er, koste es, was es wolle, nicht abrücken wollte: Der Ausdruck Nichtigkeit des Kontrakts bedeutete für Jhering sowohl nach römischem als auch nach dem Sprachgebrauch seiner Zeit nur die Abwesenheit einer bestimmten Wirkung, nämlich der der Verpflichtung auf Erfüllung, nicht aber die aller Wirkungen; der Abschluß eines Kontrakts erzeuge nun nicht bloß eine Verpflichtung zur Erfüllung, sondern, wenn diese Wirkung wegen irgendeines rechtlichen Hindernisses ausgeschlossen sei, unter Umständen eine Verpflichtung zum Schadenersatz. Nichtigkeit des Kontraktsverhältnisses wolle also nicht gänzliche Wirkungslosigkeit bedeuten, sondern bloß, daß der eigentliche Zweck des Vertrages,

ter Akzeption und bei Mangel gleichzeitiger Uebereinstimmung der Willenserklärungen), sondern auch das Vertrauen in das Zustandekommen des Vertrages.

⁵¹ vgl. Jhering 52.

⁵² vgl. hinten § 6.

die Erfüllung, ausgeschlossen sei, nicht aber z. B. der Schadenersatzanspruch (oder die Rückgabe einer hingegebenen Sache). Die Bestätigung dafür glaubt Jhering darin zu finden, daß die römischen Juristen zum Zwecke der Geltendmachung des Schadenersatzanspruchs die Kontraktsklage, nämlich die *actio empti*, gewährten. Der Name der Klage sei im Munde der römischen Juristen bekanntlich nicht ein bloßer Name oder etwas prozessualisch Bedeutungsvolles, sondern der Ausdruck der materiell-rechtlichen Natur des unterliegenden Verhältnisses. Die *actio empti*, in die Sprache des materiellen Rechts übersetzt, bedeute also soviel wie: der Anspruch auf Schadenersatz stütze sich auf eine vertragliche Verbindlichkeit. Die Gewährung der *actio empti* sei ein sicherer Beweis dafür, daß der Vertrag gewisse Wirkungen hervorgebracht habe⁵³.

Jhering weist auf andere Fälle hin, in denen die Vertragsklage für solche Verbindlichkeiten gegeben ist, die nicht auf Erfüllung gerichtet sind: Pflicht zur Rückgabe einer hingegebenen Sache oder einer Arrha. Der Vertrag könne auch dann Wirkungen erzeugen, wenn der Zweck des Vertrages sich nicht erfüllen könne. Aber gerade weil die Vertragsklage für alle möglichen Fälle gegeben ist, darum kann der Name der Klage nicht Ausdruck ihrer materiell-rechtlichen Natur sein; vielmehr muß in jedem Fall die Natur des Anspruchs unabhängig vom Namen der Klage geprüft werden⁵⁴, wobei freilich bei gänzlicher Wirkungslosigkeit des beabsichtigten Vertrages auch eine dem Namen nach vertragliche Klage undenkbar wäre.

Ganz abgesehen davon, soll ja nach Jherings Auffassung die culpa bei einem entstehenden Vertragsverhältnis dieselbe Wirkung äußern wie bei einem bereits bestehenden. Wenn nun aber innerhalb eines Vertragsverhältnisses jede culpa einen Anspruch auf Ersatz des Erfüllungsinteresses begründet, dann kann doch eine culpa im Verhandlungsverhältnis nicht die Pflicht zum Ersatz des negativen Interesses begründen⁵⁵.

Jhering begründet aber seine Auffassung vom vertraglichen Charakter der culpa auch damit, daß er auf die strengere Haf-

⁵³ vgl. Jhering 28—30.

⁵⁴ vgl. Melliger 115.

⁵⁵ vgl. Melliger 116.

tung gegenüber derjenigen im außervertraglichen Gebiet hinweist. Wenn nun auch an das Verhalten beim Vertragsabschluß bezüglich der Sorgfaltspflichten strengere Anforderungen als sonst gestellt werden müssen und daher die Rechtsordnung im Falle der Verletzung von Sorgfaltspflichten hinsichtlich eines nicht zustande gekommenen, bzw. nicht wirksam zustande gekommenen Vertrages eine strengere Haftung eintreten läßt als auf dem außervertraglichen Gebiet, so ist das nicht einmal ein Indiz dafür, daß die negative Interessehaftung vertraglichen Charakter habe⁵⁶.

Die Antwort auf die Frage nun, welches die Natur der in Frage stehenden, aber damals noch nicht bestehenden Haftung sein mußte, könnte durchaus verschieden sein von der Antwort auf die Frage nach der Natur einer solchen positivrechtlich bereits geschaffenen Haftung. Was hinsichtlich der Natur der negativen Interessehaftung gilt, das gilt ganz allgemein für die Behandlung des Problems dieser Haftung. Darum habe ich für die Behandlung des ganzen Problemkreises, der die negative Interessehaftung umgibt, eine dahingehende Trennung vorgenommen⁵⁷. Wie hätte nun im gemeinen Recht die Frage nach der Natur der negativen Interessehaftung, die noch nicht Recht war, aber Recht sein sollte, beantwortet werden müssen? Der Umstand, daß die Haftung noch nicht positives Recht war, konnte nun zwar einen Einfluß auf ihre Natur haben, aber nur in dem Sinn, daß die Haftung statt deliktisch quasideliktisch war oder umgekehrt. Auch wenn ein geschriebener oder ungeschriebener Rechtssatz dahin lautete, es sei eine Haftung aus einem entstehenden einer solchen aus einem bestehenden Vertragsverhältnis gleichgestellt, sie werde also ebenfalls nach vertraglichen Grundsätzen behandelt, so vermöchte das ihre Natur doch nicht zu ändern. Auch wenn die culpa bei einem entstehenden Vertragsverhältnis dieselben Wirkungen äußern könnte wie bei einem bereits bestehenden, so wäre damit noch nicht

⁵⁶ vgl. Melliger 113/114.

⁵⁷ In das Kapital der neg. Interessehaftung ohne positiv-rechtliche Grundlage und in dasjenige der erkenntnis-theoretischen Betrachtung des Rechtsbestandes der neg. Interessehaftung (vgl. vorn § 4/II/A/2/b).

die vertragliche Natur der Haftung erwiesen; denn wenn schon dieselben Ursachen dieselben Wirkungen erzeugen, so liegen gleichen Wirkungen nicht unbedingt dieselben Ursachen zugrunde. Es bleibt also immer noch zu prüfen, ob diese tatsächlich dieselben sind.

Freilich hängt das Verhalten, das zur betreffenden Haftung führt, mit dem beabsichtigten Vertrag zusammen. Freilich führt die Unwirksamkeit, bzw. das Nichtzustandegekommensein des Vertrages zur Vermögensschädigung, nicht aber der Vertrag selbst. Freilich kann man insofern von einer inneren, mit juristischer Notwendigkeit gegebenen Verbindung zwischen dem Vertrag und der Vermögensschädigung sprechen⁵⁸. Diese Abhängigkeit ist aber noch kein Beweis dafür, daß das schädigende Verhalten vertraglicher Natur sei. Von einem schädigenden vertraglichen Verhalten kann doch wohl erst die Rede sein, wenn ein Vertrag besteht; denn es ist auch eine andere Schädigung denkbar, die im Zusammenhang mit einem Vertragsschluß steht, die durch ihn veranlaßt, ohne ihn nicht denkbar wäre, ohne daß deswegen jemand die vertragliche Natur annehmen würde, ja sogar eine solche Schädigung, die ohne die Vertragserfüllung nicht denkbar wäre und trotzdem nicht vertraglich ist⁵⁹. Ich gebe allerdings zu, daß in den Fällen, die ich hier im Auge habe, die Situation eine andere ist, indem hier der Schaden zufällig mit der Vertragserfüllung zusammenhängt, die Dispositionen dagegen, die sich nachträglich als Schaden erweisen, gerade im Blick auf den betreffenden Vertrag getroffen worden sind, so daß doch die Intensität des Zusammenhangs eine ganz verschiedene ist. Dagegen besteht diese intensivere Verbindung mit etwas Nichtvorhandenem, bzw. mit etwas, das noch nicht vorhanden ist⁶⁰. Die vertragliche Natur der in Frage stehenden Haftung muß also verneint werden, weil die Schädigung, die zu dieser Haftung führt, mit dem

⁵⁸ vgl. Jhering 26.

⁵⁹ Mit dem Vertrag nur in äußerlichem Zusammenhang stehende unerlaubte Handlungen.

⁶⁰ Zurücknahme einer öffentlichen Auslobung vor der Akzeptation (vgl. vorne S. 38 N 50).

bestehenden Vertrag gar nicht in unmittelbarem Zusammenhang stehen kann, d. h. weil die Haftung nicht an die Verletzung einer vertraglich (ausdrücklich oder stillschweigend) übernommenen Pflicht anknüpft.

Wenn nun aber die culpa bei einem entstehenden Vertragsverhältnis dieselbe Wirkung äußern würde wie bei einem bereits bestehenden, so hätte das zur Folge, daß der Anspruch auf Ersatz des Erfüllungs- und nicht des negativen Interesses gerichtet wäre.

Und nun möchte ich mich der Frage zuwenden, aus welchem Grunde Jhering den Nachweis der positivrechtlichen Grundlage der in Frage stehenden Schadenersatzpflicht im römischen Recht brauchte.

Die Brücke, die von den römischen Quellenstellen zu den Rechtsbedürfnissen seiner Zeit führte, sah Jhering allein in der culpa. Vorerst mußte er einen Begriff aus den in Frage kommenden Quellenstellen herauschälen oder besser konstruieren, um dann, von diesen ausgehend, auf jene Fälle, in denen dieser Begriff ebenfalls herausdestilliert werden konnte und in denen er eine Lösung suchte, eine Norm anwenden zu können. So glaubte Jhering eine unerschöpfliche Quelle neuen Stoffs zu finden, indem er von der Vorstellung ausging, daß in diesem Begriff eine Grundlage für die Behandlung neuer Fragen gelegen sei. Wenn nun angenommen werden dürfte, daß die Gesetzesnorm als Folgerung aus einem vollständigen und nur zu erschöpfenden System von Strukturbegriffen bestünde⁶¹, dann freilich ließe sich diese Auffassung vertreten. Der Umstand aber, daß sich die bereits vorhandenen Normen in einer bestimmten Weise zusammenfassen lassen, kann doch nicht für die Entscheidung einer nicht gewürdigten Interessenlage maßgebend sein, nur deshalb, weil die äußeren Merkmale dieselben sind. Wenn neue Lebensbedürfnisse ihre Normen erhalten sollen, dann müssen sie doch durch Untersuchung und Wertung der beteiligten Interessen gewonnen werden. Jhering hat nun aber in den betreffenden Quellenstellen einen solchen Begriff einfach

⁶¹ vgl. Heck 70 ff.; Heck: Grundriß des Schuldrechts (Thübingen 1929), Anhang §§ 2 und 4.

finden müssen und ihn dann auch tatsächlich gefunden: den Begriff der culpa. Der nachfolgenden Deduktion ging also nicht einmal eine objektive Induktion voraus. Von diesem Standort aus untersuchte nun Jhering nicht, ob in den Fällen, für die er eine Lösung haben mußte, die Interessenlage dieselbe sei wie in den geregelten Fällen, gerade weil er auf diesem Wege eine Lösung finden mußte. Maßgebend war für ihn, daß in den zu normierenden Situationen ebenfalls eine culpa gegeben war. Aber nun zeigte es sich, daß die Grundlage der Verallgemeinerung nicht die individuelle culpa der Römer sein konnte, sollte doch ein objektives Verhalten bereits zu Schadenersatz verpflichten. So wertvolle Dienste ihm die Strukturbegriffe leisten konnten, dieser Begriff culpa führte ihn nicht zum gewünschten Ziel. Er brauchte einen anderen Begriff, aber doch einen solchen, der sich aus den römischen Quellen ableiten ließ; denn dieser und allein dieser Weg sollte ihm das bereits festgelegte Ergebnis seiner Untersuchungen verschaffen. Eine culpa mußte es also sein, das war ihm klar; denn die Römer kannten keinesfalls eine Verursachungshaftung. So standen sich gegenüber: einerseits die culpa im römischen Recht, andererseits das schädigende Verhalten, das zum Ersatz verpflichten sollte. Wie sollte er die dringlich notwendige Verbindung herstellen? Jhering schlug einen Mittelweg ein. Lag nicht schon an sich im Verhalten desjenigen, den er schadenersatzpflichtig machen wollte, objektiv gesehen, ein „Verschulden“? — Objektive Culpa!! Nicht nur in diesen Fällen, für die er eine Regelung brauchte, sondern auch schon in den Quellen glaubte er diese culpa zu finden: Der Jurist mache ja dem Verkäufer aus seiner Unkenntnis einen Vorwurf, wenn er ihm vorhält, er hätte den Mangel kennen können und müssen. Damit und nur damit motiviere er diese Haftung. Freilich werde diese culpa ohne Rücksicht auf die individuellen Umstände bestimmt und handle es sich insofern um eine praesumptio iuris et de iure, während das Vorhandensein der culpa von den Römern allerdings regelmäßig individuell bestimmt werde, so daß eine Handlung nicht schlechthin als culpos gelte. Dagegen fehle es andererseits nicht an Beispielen dafür, daß die römischen Juristen eine schlecht-

hin aus der Natur des Verhältnisses abgeleitete, vom individuellen Verhalten des Schuldigen völlig unabhängige Haftung auf culpa zurückführen (z. B. Haftung des Mandanten⁶²). Dem Verkäufer einer *res extra commercium* könne derselbe Vorwurf gemacht werden wie z. B. dem Versprechenden, der eine Sache schuldloserweise zu einem bestimmten Termin nicht zu leisten vermag, nämlich der, einen Vertrag abgeschlossen zu haben, ohne seiner Sache sicher gewesen zu sein⁶³. Daraus schließt Jhering, daß, wenn er den Begriff der objektiven culpa seinem Zwecke dienstbar mache, er zum Ziele gelange. Voll und ganz befriedigte dieses Vorgehen die praktischen Bedürfnisse aber nicht; denn es gab Fälle, in denen Jhering mit dem besten Willen nicht einmal eine objektive culpa finden konnte, so z. B. beim Tod des Offerenten vor der Akzeption im Falle des Vertragsschlusses unter Abwesenden: „Man kann doch unmöglich das Sterben als culpa bezeichnen⁶⁴!“ Er gibt selber zu, daß er hier an einen Stein des Anstoßes geraten ist. Ist er also nicht an der maximalen Grenze dessen angelangt, was er auf diesem Wege, auf dem Weg über das römische Recht, als positivrechtliche Grundlage erreichen konnte? Nein, seine Konstruktion konnte ihn hier doch nicht im Stiche lassen. Lieber will er ja glauben, bei seinem Vorgehen einen Fehler begangen zu haben, als in diesem Fall die Klage auszuschließen: die objektive culpa muß also auch hier gegeben sein. Er sieht sie darin, daß der Abwesende „statt des allein sicheren Mittels der eigenen mündlichen Mitteilung auf Gefahr des Gegners ein unsicheres ergreift“⁶⁵.

Daraus ergibt sich, daß hier wie immer dort, wo Begriffsjurisprudenz getrieben wird, aus einer Begriffskonstruktion Normen gewonnen werden. Man will aus dem Bestehenden neue Rechtssätze gewinnen, von der Vorstellung ausgehend, daß die Rechtsordnung ein in sich geschlossenes Ganzes darstelle, aus dem stets und in jedem Fall die Lösung gefunden werden könne. Der Konstruktion der *c. i. c.* liegt nun der Gedanke zu-

⁶² vgl. Jhering 37 N 35.

⁶³ vgl. Jhering 39.

⁶⁴ vgl. Jhering 92.

⁶⁵ vgl. Jhering 93.

grunde, daß das römische Recht diese Geschlossenheit und Erschöpftheit besitze.

Einerseits bildet also die Methode der Begriffsjurisprudenz ein Mittel der Normengewinnung, und andererseits kann die Einfachheit dieser Normenableitung das leitende Motiv dafür darstellen, daß überhaupt dieser Weg gewählt wird. Darin liegt nun der Schlüssel zur Erkenntnis des Grundes, warum Jhering um jeden Preis den positivrechtlichen Nachweis für die von ihm geforderte Schadenersatzpflicht in den römischen Quellen finden wollte. Was nun aber Jherings Vorgehen ganz besonders auszeichnet, das ist der Umstand, daß er nicht nur aus einem bestehenden Begriff Rechtsätze ableiten wollte, die neu auftretenden Erscheinungen des Verkehrslebens in einen gewohnten Begriff einzwängte, sondern den Begriff, den er dann verwendete, vorerst konstruierte, indem er ihn den praktischen Bedürfnissen anpaßte: die Krone der Begriffsjurisprudenz! Er hätte ebensogut gleich zu Beginn seines Unternehmens ausrufen können: „Seht, was ich vortrage, von dem wir alle wünschen, daß es Recht wäre — es ist Recht!“⁶⁶.

Liegt es schon im Wesen der Begriffsjurisprudenz begründet, daß sie den Interessenkonflikten der konkreten Lebensverhältnisse nicht Rechnung zu tragen vermag, sondern im rein formalen und lebensfremden Recht sich erschöpft, so mußte sie doch ganz besonders dort zu zufälligen Ergebnissen führen, wo es galt, „die Kluft zu überbrücken, welche zwischen den Rechtsbedürfnissen zweier Zeiten gähnte, die ein anderthalb Jahrtausend auseinanderliegen“⁶⁷. Nun trug aber Jhering den konkreten Lebensbedürfnissen gerade dadurch Rechnung, daß er ihnen den Begriff, an den er zum Zwecke der Verallgemeinerung anknüpfen wollte, anpaßte⁶⁸ und in den Fällen, in denen er mit diesem

⁶⁶ vgl. Brock 54.

⁶⁷ vgl. Brock 54.

⁶⁸ ... und so zum Begriff der objektiven culpa gelangte, so daß, wenn er dann aus diesem Begriff Rechtssätze ableitete, diese selbstverständlich der betr. Interessenlage gerecht wurden.

Begriff doch nicht zur gewünschten Schadenersatzpflicht gelangte, durch Verwässerung dieses Begriffs der konkreten Lage gerecht zu werden versuchte⁶⁹. Er warf also dem, was er verwirklichen wollte, einfach den (allerdings durchsichtigen) Mantel des positivrechtlichen Nachweises um. Aus diesem Grunde führte Jherings Vorgehen nicht zu unbilligen Resultaten. Er wurde den veränderten Verkehrsbedürfnissen durchaus gerecht. Man kann ihm also nicht vorwerfen, er habe Erkenntnisprobleme als Formulierungsprobleme behandelt. Der Weg aber, den er beschritt, war der eines *circulus vitiosus*: Jhering langte an dem Ort an, von dem er ausging. Er gewann wohl Erkenntnisse auf dem Gebiete der materiellen Begründung der negativen Interessehaftung, sein Vorgehen verhinderte aber die Lösung des anderen Problems, der Frage der formellen Begründung. Das, was Jhering als positives Recht nachgewiesen zu haben glaubte, war nicht positives Recht. Es war und blieb ein Rechtspostulat, zu dessen Verwirklichung allein der Weg des Gewohnheitsrechts führen konnte, angesichts der Tatsache, daß weder auf Grund geschriebenen noch ungeschriebenen Rechts der Bestand der negativen Interessehaftung nachzuweisen war⁷⁰.

bb. Die Theorie des Veranlassungsprinzips, aufgebaut auf dem römischen Recht (Außervertragliche Haftung).

Während man allgemein bereits davon abgekommen war, die negative Interessehaftung als geltendes Recht nachzuweisen, so unternahm Melliger aufs neue den Versuch, die Grundlage der negativen Interessehaftung im römischen Recht zu finden⁷¹.

Aus den dürftigen und unklaren Quellenstellen läßt sich die Verursachungshaftung in den Fällen, in denen die negative Interessehaftung vorgesehen ist, mit Bestimmtheit weder bejahen noch verneinen⁷². Aber eines steht fest: Es kann darin nicht das Kausalitätsprinzip ausgesprochen sein; denn ein

⁶⁹ vgl. vorn S. 36 N 37.

⁷⁰ vgl. hinten § 6.

⁷¹ vgl. Melliger 119 ff.; Rümelin 4.

⁷² vgl. Brock 56/57; a. M. Melliger 120—122, 124/125.

Haftungsprinzip bezieht sich nicht nur auf einzelne Fälle, sondern liegt der ganzen Rechtsordnung zugrunde; die Grundtendenz des römischen Rechts bezüglich des Haftungsprinzips ist nun aber das Prinzip der Verschuldung⁷³.

Die Verursachungshaftung könnte also, sollte sie in den betreffenden Stellen überhaupt anerkannt worden sein, auf jeden Fall nur als Ausnahme vom Verschuldensprinzip betrachtet werden. Für Melliger gibt es aber neben diesem Prinzip nur gerade das Veranlassungsprinzip. Wenn er nun, von der Vorstellung ausgehend, der rechtliche Grund der Verursachungshaftung sei in allen Fällen der negativen Interessehaftung derselbe, die nach seinem Dafürhalten in den Quellen vorgesehene Haftung zu einem Haftungsprinzip verallgemeinert, jedoch eine Beschränkung dieser Verursachungshaftung auf jene Fälle vornimmt, so muß diese Abgrenzung als willkürlich und rein äußerlich erscheinen⁷⁴.

Melliger will also einerseits die negative Interessehaftung materiell begründen, nämlich damit, daß in der Verursachungshaftung die gerechte und billige Lösung liege⁷⁵, anderseits den Beweis des positivrechtlichen Bestandes erbringen, indem er in den römischen Quellen die Grundlage für die Schadenersatzpflicht bei unwirksamen Verträgen nachzuweisen versucht, so, wie die Theorie der *c. i. c.* die Verbindung zwischen den römischen Quellenstellen und den modernen Rechtsbedürfnissen herstellen wollte. Wodurch unterscheiden sich aber diese beiden Theorien?

Während Jhering die culpa als Haftungsvoraussetzung hinstellt, so ist es für Melliger gerade die culpa, deren Existenz er in den fraglichen Quellenstellen verneint. Beide verwenden diese als Stütze ihrer Lehre, indem sie ihre Unklarheit ausnützen und sie so interpretieren, wie es für ihre Zwecke notwendig ist: Jhering muß in ihnen die culpa finden, um gestützt auf sie zu einem Prinzip der negativen Interessehaftung gelan-

⁷³ vgl. Brock 171.

⁷⁴ vgl. Brock 170.

⁷⁵ Ueber die Frage, warum in den Quellen nur von einer Verursachung durch den Verkäufer die Rede sei: vgl. Melliger 120.

gen zu können⁷⁶, Melliger dagegen hält es für die Beantwortung der Frage, ob eine Verallgemeinerung der in den Quellen geregelten Schadenersatzpflicht möglich sei, für gleichgültig, ob man von einer culpa ausgehe oder nicht; denn die Gleichheit des Tatbestandes allein schon rechtfertige jene Ausdehnung⁷⁷. Da er erkannte, daß er, um den Postulaten seiner Zeit gerecht werden zu können, eine Haftung ohne Verschulden brauchte, sich aber ebenfalls auf die Quellen stützen wollte, darum sah er in ihnen die Verursachungshaftung ausgesprochen. Haftet schon durch diese willkürliche Interpretation der Theorie Melligers der gleiche Fehler an wie derjenigen Jherings, so liegt die Unhaltbarkeit der Theorie des Veranlassungsprinzips vor allem darin, daß auch sie überhaupt jene Kluft zu überbrücken sucht, die Jhering nicht erkennen wollte. Auch Melliger konnte es nicht gelingen, eine gemeinsame ratio legis der Quellenkasuistik und der aus dem modernen Rechtsbedürfnis entstandenen Fälle der negativen Interessehaftung zu finden: die gemeinsame ratio legis ist weder die culpa noch die Veranlassung⁷⁸! Aber wenn auch Jhering in den Quellen die culpa ausgesprochen sehen wollte, so bedeutet der durch ihn konstruierte Begriff doch keine culpa mehr. Hätte also Melliger nichts als die Verursachungshaftung in den betreffenden Quellenstellen finden wollen und innerhalb der Fälle der Schadensverursachung ein Kriterium der Abgrenzung und damit diejenigen Fälle finden können, die außer der Schadensverursachung dasjenige Moment gemeinsam hätten, welches nur die Fälle der negativen Interessehaftung aufwiesen, dann würde sich sein Vorgehen sozusagen in nichts

⁷⁶ vgl. Jhering 40: Ohne Annahme einer culpa erscheine die Schadenersatzverbindlichkeit als eine völlig isolierte positive Bestimmung, mit Annahme einer solchen ordne sie sich einem allgemeinen Gesetz der Vertragstheorie unter.

⁷⁷ vgl. Melliger 112: „Die Annahme einer culpa begünstigt nicht noch erschwert ihr Leugnen eine Verallgemeinerung der in den Quellen erwähnten Fälle. Denn wenn diese mit einem gewissen Thatbestand gewisse Rechtsfolgen verknüpfen, so hat man das Recht, mit einem andern gleichen Thatbestand ebenso zu verfahren; ob man auf beiden Seiten noch eine culpa hinzuaddiert oder nicht, ist höchst gleichgültig“.

⁷⁸ Auch mit dem Gesichtspunkt der Billigkeit, auf den Melliger die Verursachungshaftung auf Grund besonderer wirtschaftlicher Verhältnisse zurückführen will, ist es ihm nicht gelungen, die gemeinsame ratio zu finden; denn er ist viel zu unbestimmt und als Kriterium unbrauchbar.

von demjenigen Jherings unterscheiden. Aber nun geht Melliger noch weiter. Er begnügt sich nicht einmal damit, daß in den in den Quellen nicht vorgesehenen Fällen der negativen Interessehaftung derselbe Grund zur Verursachungshaftung führe, wie in den vereinzelt positiven Bestimmungen, sondern nach ihm ist in den Quellen das Prinzip der Veranlassungshaftung zum Ausdruck gebracht. Dieses bedeutet nun aber, daß allgemein derjenige, der einen Schaden verursacht, ihn zu ersetzen hat⁷⁹. Wenn nun Melliger in der Veranlassung die ratio legis der negativen Interessehaftung sieht, dann nimmt er damit eine willkürliche Abgrenzung der davon betroffenen Fälle von den übrigen Fällen einer Schadensverursachung vor. Er sagt nicht, warum diese Veranlassungshaftung sich gerade auf die Fälle der negativen Interessehaftung beschränken soll, während Jhering ein Kriterium für die Abgrenzung innerhalb der Fälle der Culpahaftung aufstellt, indem er die Fälle einer culpa bei Abschluß von Verträgen von den übrigen trennt. Die Verhältnisse, in denen die Kausalhaftung eintreten soll, müssen nach Melliger besonders gestaltet sein. Die Frage, warum gerade in den Fällen nichtiger Verträge die Verhältnisse besonders gestaltet sein sollen, läßt er unabgeklärt. Hätte er auch ein Moment gefunden, das ihm eine Abgrenzung in dem Sinne ermöglicht hätte, wie sie Jhering vornahm, dann wäre das deshalb nicht hinreichend gewesen, weil er die Verursachungshaftung als Prinzip der negativen Interessehaftung betrachtete und nicht als Haftungsprinzip überhaupt. Hätte er jedoch das letztere getan, dann hätte er auch die Hinfälligkeit seiner Theorie erkennen müssen. Wollte er aber die Geltung des Veranlassungsprinzips im wahren Sinne des Wortes nicht anerkennen, dann gab es für ihn keine andere Möglichkeit, als in den Fällen der negativen Interessehaftung ein zur Verursachung hinzutretendes Moment zu finden, welches ein Prinzip ergeben hätte. In diesem Fall wäre aber nicht mehr die Verursachung haftungsbegründend, wäre nicht sie das Prinzip der negativen Interessehaftung.

Aber selbst wenn man in den betreffenden Quellenstellen

⁷⁹ vgl. Brock 169.

die Verursachungshaftung ausgesprochen sehen wollte und die gemeinsame ratio dieser Stellen und der übrigen Fälle der negativen Interessehaftung finden könnte, so wäre es doch ganz undenkbar, aus Bestimmungen⁸⁰, die zweifellos nur als Ausnahmebestimmungen angesprochen werden könnten, ein Prinzip abzuleiten; denn diese Rechtssätze würden doch nur zeigen, daß auch die Römer mit der Culpahaftung allein nicht auszukommen vermochten, daß sie aber überall dort, wo sie von ihr abwichen, kasuistisch vorgingen⁸¹.

Wenn nun aber auch die Theorie Melligers den Rechtsgrund der negativen Interessehaftung nicht klarzustellen und ihren positivrechtlichen Nachweis nicht zu erbringen vermochte, so führte sie doch, im Gegensatz zur Konstruktion Jherings, bezüglich der Art der Haftung zu einem richtigen Ergebnis⁸².

b. Versuche eines positivrechtlichen Nachweises der negativen Interessehaftung auf Grund allgemeiner Haftungsgrundsätze

aa. Vertragliche Haftung.

aaa. Eigentliche Vertragsklage⁸³.

Die gemeinrechtliche Doktrin ging nach Jhering immer mehr zur freien, rechtsphilosophischen Erfassung unseres Problems über. Aber mit rechtsphilosophischen Erwägungen allein wird noch kein Recht geschaffen. Man suchte daher aufs neue nach juristischen Konstruktionen. Es fehlte allerdings auch nicht an der Einbildung, daß diejenige Schadenersatzpflicht, welche man nach objektiver Auffassung, etwa von Treu und Glauben, für begründet hielt, Recht wäre⁸⁴.

Es handelt sich bei der folgenden Darstellung weder um die Auffassung, daß der Schaden im Falle der Unwirksamkeit, bzw.

⁸⁰ vgl. Melliger 124 ff.: Neben den Fällen der neg. Interessehaftung erwähnt er weitere Fälle der Verursachungshaftung. Ueber die Gründe der Verursachungshaftung im römischen Recht: vgl. Brock 171.

⁸¹ vgl. Rümelin 18.

⁸² vgl. Melliger 123.

⁸³ Dieses „eigentlich“ nimmt Bezug auf die übrigen Vertragsklagen, die nicht aus dem beabsichtigten Vertrag hervorgehen sollen.

⁸⁴ vgl. hinten § 5/II/B.

des Nichtzustandegekommenseins des Vertrages eine Folge der Verletzung des beabsichtigten Vertrages und daß somit eine Klage auf Erfüllung, bzw. auf Ersatz des Erfüllungsinteresses gegeben sei, noch um jene Theorie, welche zwar den betreffenden Schaden als Folge der Unwirksamkeit, bzw. des Nichtzustandegekommenseins des Vertrages auffaßt und daher nur Ersatz des negativen Interesses gewähren will, aber trotzdem die vertragliche Natur des Schadenersatzes befürwortet⁸⁵. Es handelt sich hier lediglich um die Ansicht, daß, obwohl das beabsichtigte Rechtsverhältnis nicht entstanden ist, doch ein Vertrag entstanden sei, aus welchem sich die Klage auf Ersatz des negativen Interesses ableiten lasse.

Köppen ist der Vertreter dieser Richtung⁸⁶. Nach ihm ist die Willenseinigung kein wesentliches Erfordernis für den Abschluß des Vertrages, sondern nur für das Vorhandensein des im fertigen Vertrag als gewollt erklärten Rechtsverhältnisses. Das Motiv für seine Theorie ist das praktische Bedürfnis. Er selbst sagt, man müsse eine Theorie an ihrer praktischen Ausführbarkeit prüfen; wenn nun die Vertragstheorie, welche folgerichtig aus der heutigen Vertragsdefinition sich ergebe, diese Probe der Brauchbarkeit nicht zu bestehen vermöge, so sei damit erwiesen, daß der Begriff des obligatorischen Vertrages, also die Basis der Theorie, nicht in Uebereinstimmung mit der ihm nach den Lebensverhältnissen innewohnenden Natur gebildet sei, da er den Bedürfnissen des Lebens nicht genüge^{87 88}.

Freilich ist der Vertragsbegriff ein Produkt des menschlichen Verkehrs und nicht etwas vom Recht Erzeugtes⁸⁹. Dieses bestimmt lediglich die Rechtsfolgen gewisser Tatbestände und unterläßt es daher auch vielfach, scharf begrenzte Definitionen aufzustellen, wie das die Aufgabe der Wissenschaft ist. Will man sich aber auf das positive Recht stützen, so kann man einem Tatbestand nur einen solchen Namen verleihen, der jenen Wirkungen entspricht. Aber auch wenn der Name eines Tatbestan-

⁸⁵ vgl. vorne § 5/II/A/1/a/aa.

⁸⁶ vgl. Köppen 139 ff.

⁸⁷ vgl. Köppen 279—281.

⁸⁸ vgl. Melliger 78.

⁸⁹ vgl. Melliger 80.

des nicht dessen Wirkungen entspricht, so hat dieser Umstand soweit keine schädlichen Konsequenzen, als man sich darüber im klaren ist und nicht aus dem Namen Folgerungen zieht. Wenn also das positive Recht an den in Frage stehenden Tatbestand der Uebereinstimmung der Willenserklärungen in keiner Weise vertragliche Wirkungen anknüpft, dann sollte man ihn doch nicht als Vertrag bezeichnen; würde dies aber getan, dann dürften daraus keine Konsequenzen gezogen werden, indem man daraus z. B. den Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses ableitete. Konsequenterweise müßte aber im letzteren Fall überhaupt die Erfüllung verlangt werden können. Also widerspricht sich Köppen, wenn er nicht auch diese Konsequenz zieht. Das kommt daher, daß Köppen den Vertrag in den Fällen der negativen Interessehaftung als ein für allemal zustande gekommen (soweit wenigstens die Erklärungen übereinstimmen), das Rechtsverhältnis jedoch als ein für allemal nicht zustande gekommen betrachtet. Richtig ist zwar, daß nach der heute herrschenden Auffassung der Vertrag auch ohne Willensübereinstimmung, durch bloße Uebereinstimmung der Erklärungen zustande kommt⁹⁰, aber freilich unabhängig vom Vorhandensein einer culpa. Darin liegt eine weitere Inkonsequenz der Theorie Köppens, daß er den Vertrag unter der genannten Voraussetzung nur im Falle des Vorliegens einer culpa als zustande gekommen betrachtet.

Damit aber, daß der Vertrag zustande kommt, entsteht nicht auch ein Rechtsverhältnis; denn die Frage des Zustandekommens des Vertrages ist eine solche rein objektiver Natur, diejenige des Bestandes des damit bezweckten Rechtsverhältnisses eine solche subjektiver Art, indem die Rechtsordnung einem äußerlich zustande gekommenen Vertrag jede von seinem Bestand abhängende Wirkung absprechen und den Vertrag als nicht zustande gekommen betrachten kann, obwohl er eben zustande gekommen ist. Wenn anderseits der Vertrag anfänglich rechtlich anerkannte Wirkungen erzeugt, d. h. ein Rechtsverhältnis begründet, dann aber dieses Rechtsverhältnis nachträglich dahinfällt, dann kann der äußerlich zustande gekommene

⁹⁰ a. M. Melliger 82.

Vertrag keine rechtlichen Wirkungen mehr erzeugen. In jedem Falle der Unwirksamkeit des Vertrages gilt dieser als nicht zustande gekommen. Daraus geht hervor, daß der Vertrag als Gerüst, als Stütze des Rechtsverhältnisses, kein von diesem selbständiges Dasein führen kann⁹¹. An dieses äußerliche Zustandekommensein des Vertrages kann also in dem Fall, wo die Frage des negativen Interessesersatzes aufgeworfen wird, nicht angeknüpft werden. Auf jenes allein kann sich nun aber Köppen stützen, wenn er die negative Interessehaftung aus dem zustande gekommenen Vertrag ableiten will; denn wenn dieser nichtig ist oder nachträglich dahinfällt und diese Unwirksamkeit ja gerade die Grundlage der in Frage stehenden Haftung darstellt, dann bleibt nichts anderes übrig als eben diese äußerliche Tatsache. Für die Frage, welcher Natur die negative Interessehaftung ist, kann es daher nicht darauf ankommen, ob der Vertrag durch Uebereinstimmung der Willenserklärungen oder der Erklärungswillen zustande komme, indem auf jeden Fall von einem zustande gekommenen Vertrag sowieso nichts mehr übrig bleibt, sobald sich die Frage der negativen Interessehaftung stellt. Abgesehen davon, erhebt sich diese Frage auch in Fällen, wo auch keine Uebereinstimmung der Willenserklärungen gegeben ist. Wollte Köppen auch in solchen Fällen die negative Interessehaftung aus einem Vertrag ableiten, dann müßte er zu der Fiktion eines Vertrages greifen^{92 93}.

bbb. G a r a n t i e v e r t r a g.

Die Lehre vom Garantievertrag⁹⁴ geht davon aus, daß die zum Schadenersatz verpflichtete Vertragspartei ihren Gegner

⁹¹ Davon, ob er gültig zustande gekommen ist oder nicht, hängt das Zustandekommen des bezweckten Rechtsverhältnisses ab.

⁹² vgl. Melliger 82.

⁹³ Weitere Argumente gegen die Theorie Köppens: vgl. Melliger 84 ff. und Drechsler 30—48.

⁹⁴ Vertreter dieser Theorie:

a) Allgemeine Ausführungen:

vgl. Stammler: Der Garantievertrag, Archiv für die civilistische Praxis, 69 (1886) S. 1 ff.; Drechsler 58 ff.; Windscheid/Kipp, 1.—5. A. § 307 N 5, 10—12; § 308 N 5—8; § 309 N 5; § 315 N 7.

b) Bezüglich der Offerte:

vgl. Regelsberger 32 ff.

zu einem bestimmten Vertrauen veranlaßt und sich damit stillschweigend verpflichtet habe, für die Folgen dieses Vertrauens einzustehen, d. h. ihm garantiert habe, für den aus einer von ihr vorgenommenen Handlung, die dieses Vertrauen täusche, entstandenen Schaden aufzukommen.

Für den Nachweis der negativen Interessehaftung im römischen Recht befriedigt die Konstruktion des Garantievertrages schon deshalb nicht, weil selbst dann, wenn eine solche stillschweigende Garantieübernahme denkbar wäre, sie als nudum pactum nicht klagbar wäre; denn die Voraussetzung eines Hauptvertrages wäre nicht gegeben, und für das Vorliegen eines klagbaren pactum adiectum müßte die Form der Stipulation beachtet sein. Es zeigen sich aber noch andere Bedenken, die auch hinsichtlich des gemeinen Rechts Geltung besitzen; es wäre durchaus denkbar, daß bei Eingehung eines Vertrages ein Nebenvertrag abgeschlossen würde, dahingehend, daß bei eventueller Unwirksamkeit des Hauptvertrages diejenige Partei, bei welcher der Grund der Unwirksamkeit liegt, der andern den Schaden zu ersetzen hätte, den diese durch das Vertrauen in die Wirksamkeit des Hauptvertrages erleidet, daß also neben dem Hauptvertrag ein Garantievertrag, gerichtet auf negativen Interessesersatz, einherginge. Die in Frage stehende Konstruktion will nun aber einen solchen Vertrag als stets stillschweigend abgeschlossen annehmen. Sie betrachteten nicht den Fall, wo schon auf Grund eines bestehenden Rechtsverhältnisses oder unmittelbar kraft Gesetzes eine Garantie in diesem Sinne besteht, sondern geht von der Vorstellung eines darauf gerichteten und stets vorhandenen Willens der Parteien aus⁹⁵. Dieser Parteiwille, auf Grund dessen in jedem Fall die negative Interessehaftung auf einen solchen stillschweigenden Garantievertrag gestützt werden könnte, soll in der Erweckung des Vertrauens

Gegner dieser Theorie:

a) Allgemeine Ausführungen:

vgl. Windscheid/Kipp, 6.—9. A. § 307 N 5; Eisele 473 ff.

b) Bezüglich der Offerte:

vgl. Regelsberger: Von der Haftung für den wegen Irrung beim Vertragsschluß entstehenden Schaden, Endemanns Handbuch des Deutschen Handels-, See- und Wechselrechts, II 414 N 8.

⁹⁵ vgl. Melliger 87.

der Gegenpartei liegen. Der Konstruktion des Garantievertrages liegt nun die Vorstellung zugrunde, daß die schadenersatzpflichtige Partei stillschweigend das versprochen habe, was Treu und Glauben verlangen, was eine Musterpartei gewollt und erklärt hätte⁹⁶, wenn sie sich über alle möglichen rechtlichen Folgen ihrer Handlung Gedanken gemacht hätte. Und das soll nun so selbstverständlich sein, daß darüber kein Wort geäußert wird?! Dagegen will die Garantiekonstruktion nicht weitergehen, indem sie der betreffenden Vertragspartei noch mehr zumutete, nämlich, daß sie freiwillig, in einer besonderen Verpflichtung, eine noch weitergehende Haftung als die auf sich nähme, welche Treu und Glauben erforderten; dieser Auffassung ist jedoch Brock mit der Begründung, daß das B G B außer den Vorschriften, gemäß denen Verträge nach Treu und Glauben auszulegen sind (§ 157) und die Art der Erbringung der schuldnerischen Leistung (§242) sich nach Treu und Glauben richten soll, die Haftung auf Ersatz des negativen Interesses in den einzelnen Fällen stets noch besonders normiere, aus welchem Umstand hervorgehe, daß es die Verpflichtung zum Ersatz des negativen Interesses nicht implicite in der Vorschrift über die Vertragsauslegung nach Treu und Glauben enthalten sehe⁹⁷. Nach meinem Dafürhalten würde aber diese Bestimmung sowieso nicht zur Anwendung kommen und wären daher in jedem einzelnen Fall ohnehin Vorschriften bezüglich der Haftung für das negative Interesse erforderlich; denn eine Vertragsauslegung fällt doch, mangels des Bestehens eines Vertrages, gar nicht in Betracht. Abgesehen davon, tut das Gesetz unter Umständen gut daran, die Auswirkungen eines Grundsatzes in einer nicht ohne weiteres klaren Situation besonders festzustellen⁹⁸. Aus dem Umstand, daß das B G B die Haftung für das negative Interesse in den einzelnen Fällen besonders normiert, wäre daher, unter der Voraussetzung, daß man sie überhaupt auf den abgeschlossenen Vertrag hätte gründen können, keineswegs zu schließen, daß man auf dem Wege der Vertragsauslegung nach Treu und

⁹⁶ vgl. Melliger 88.

⁹⁷ vgl. Brock 153.

⁹⁸ vgl. Tuhr: Ueber die Mängel des Vertragsabschlusses nach schweizerischem Obligationenrecht, ZSR 16 NF (1897) 18.

Glauben nicht zu einer solchen Haftung gelangt wäre. Aus diesem Grunde wird Melliger zu Unrecht vorgeworfen, er wende gegen die Annahme des stillschweigenden Garantievertrages nur ein, man könne das nicht als stillschweigende Willenserklärung bezeichnen, was Treu und Glauben verlangen⁹⁹. Nur, aber eben darin liegt die psychologische Unwahrheit und damit die Unhaltbarkeit der Konstruktion des Garantievertrages. In Tat und Wahrheit stehen sich im Geschäftsverkehr regelmäßig nicht Musterparteien gegenüber; denn jeder sucht doch nach Möglichkeit sein eigenes Interesse zu wahren. Aber abgesehen davon, daß die betreffende Vertragspartei aller Regel nach diese Garantie gar nicht hätte übernehmen wollen, wenn sie daran gedacht hätte, so darf nicht ein für allemal angenommen werden, sie habe überhaupt daran gedacht, dem anderen eine Ersatzhaftung zu garantieren für den Fall, daß ihretwegen der Vertrag nichtig, bzw. nicht zustande gekommen wäre. Wenn schon für den Fall der Nichtigkeit, der doch eine Ausnahme von der Regel darstellt, eine Garantieübernahme soll angenommen werden können, dann ist dafür ein besonderer Nachweis unbedingt erforderlich. Der Umstand, daß auch die Gegner des negativen Interesses zur Begründung des Erfüllungsinteresses den Garantievertrag verwenden, macht es deutlich, daß noch in einer weiteren Richtung etwas als stillschweigend vereinbart und damit als selbstverständlich angenommen wird, das ebenso gut, ja viel eher noch anders sein könnte; denn naheliegend ist doch, daß die Garantie auf das Aequivalent der versprochenen Leistung gerichtet ist. Notwendig wäre es allerdings nicht, daß der Vertrag auf Ersatz des negativen Interesses gerichtet wäre, dessen Erfassung durchaus nicht leicht ist, so daß aus einem weiteren Grunde das Moment des Stillschweigens gegen die Konstruktion des Garantievertrages sprechen würde, sondern es genügte, wenn der Garant für die Folgen der Nichtigkeit, bzw. des Nichtzustandekommenseins des Vertrages aufzukommen sich verpflichtete; denn diese Folgen bilden eben das negative Interesse.

⁹⁹ vgl. Brock 153 N 10; Melliger 88.

Nun müßte aber der Garant seinem Vertragsgegner auch in den Fällen das negative Interesse ersetzen, in denen nicht alle Voraussetzungen der negativen Interessehaftung gegeben sind, wenn nur sein Gegenkontrahent einen Schaden im Sinne des negativen Interesses erlitten hätte. Ich denke an den Fall, wo der Geschädigte nicht gutgläubig ist¹⁰⁰.

Wollte man also die negative Interessehaftung dennoch auf einen Garantievertrag zurückführen, so müßte man obendrein noch fingieren, er sei gerade in diesem einschränkenden Sinn abgeschlossen worden.

Aus diesen Umständen müssen wir schließen, daß die Theorie des Garantievertrages das Problem der Natur und des Grundes der negativen Interessehaftung nicht zu lösen und auch deren formelle (positivrechtliche) Begründung nicht zu geben vermochte¹⁰¹.

ccc. M a n d a t.

Die Vertreter der Mandatskonstruktion ¹⁰² haben sie nur auf den Fall des Offertenwiderrufs angewendet, so daß sie von vorneherein nicht als allgemeine Theorie der Haftung bei unwirksamen Verträgen verwertet werden kann. Aber auch in dieser einen Richtung ist sie unbrauchbar¹⁰³; denn unter welchen Voraussetzungen sollte in der Offerte eine Aufforderung, wenn auch nur eine stillschweigende, zu einer Tätigkeit auf Seiten des Oblaten entdeckt werden können? Der Offerent beauftragt

¹⁰⁰ vgl. Melliger 91; Drechsler 62.

¹⁰¹ Weitere Argumente gegen diese Konstruktion: vgl. Melliger 89 ff.

¹⁰² vgl. Scheurl: Vertragsschluß unter Abwesenden, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts 2 (1858) S. 274 ff.; Mommsen: Ueber die Haftung der Kontrahenten bei der Abschließung von Schuldverträgen, Erörterungen aus dem Obligationenrecht (Braunschweig 1879), 2. Heft 50, 80, 89, 105, 112, 129, 134, 135, 139.

¹⁰³ Gegen sie Stellung genommen haben: Bekker: Ueber Verträge unter Abwesenden nach gemeinem Rechte und nach dem Entwurf eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs, Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts, II (1858) S. 365/366; Kühn: Ueber Vertragsschluß unter Abwesenden, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, 16 (1878) S. 59 ff.; Hartmann: Wort und Wille im Rechtsverkehr, Jahrbücher für die Dogmatik a. a. O., 20 (1882) S. 18; Melliger 92 ff.; Brock 157 ff.

den Adressaten nicht, sondern lädt ihn zum Abschluß eines Vertrages ein, er fordert ihn auf, zu seinem Vertragsvorschlag Stellung zu nehmen. Jede weitere Tätigkeit erfolgt nicht auf Grund der in der Offerte liegenden Aufforderung¹⁰⁴. Abgesehen davon, handelt der Oblat in erster Linie im eigenen Interesse, wenn er damit auch dem Interesse des Offerenten dient.

Maßgebend für die Beantwortung der Frage, ob der Oblat als Mandatar handle oder nicht, sind aber nicht die Wirkungen seiner Handlung, sondern ist sein Wille, und dieser ist zweifellos unabhängig vom Interesse der Gegenpartei¹⁰⁵.

Ein sehr gewichtiges Argument gegen die Mandatskonstruktion ist in dem Umstand zu erblicken, daß das Mandat jederzeit widerruflich ist. Das hätte nun zur Folge, daß, wenn der Oblat, nachdem er auf Grund der Offerte seine Tätigkeit begonnen und damit das Mandat angenommen hätte, aus diesem nicht weiter verpflichtet sein wollte, er dem Offerenten einen Widerruf zukommen lassen müßte¹⁰⁶!

Aber auch wenn diese Konstruktion formell die negative Interessehaftung zu begründen und auch deren Natur und Grund klarzustellen vermöchte, so versagte sie doch in ihrer praktischen Auswirkung: der Mandatar kann nur Ersatz der Auslagen verlangen, nicht auch eines *lucrum cessans*¹⁰⁷; denn er kann sich nicht darauf berufen, daß er ein anderes Geschäft hätte abschließen und damit einen Gewinn machen können. Entweder hat der Auftrag in dieser Hinsicht gar keinen Einfluß gehabt, andernfalls aber, wenn der Mandatar tatsächlich mit Rücksicht auf den übernommenen Vertrag die Gelegenheit zu einem Vertragsabschluß hat vorbeigehen lassen, dann hat er das selbst gewollt: Damit hat er bei Uebernahme des Auftrages rechnen müssen¹⁰⁸. Die Begründung Melligers dafür, daß der Mandatar kein *lucrum cessans* und darum keinen Anspruch auf negativen Interesseersatz geltend machen könne, scheint mir dagegen

¹⁰⁴ vgl. Brock 159; Melliger 93.

¹⁰⁵ vgl. Melliger 93/94; Brock 160.

¹⁰⁶ vgl. Melliger 95.

¹⁰⁷ vgl. Melliger 95/96; Brock 161.

¹⁰⁸ Nicht nur rechnen können.

nicht zutreffend zu sein¹⁰⁹. Darauf kommt es wohl nicht an, ob der Mandatar mit der Eingehung eines unentgeltlichen Rechtsgeschäftes auf Ersatz des *lucrum cessans* verzichtet hat oder nicht. In Frage steht doch überhaupt nur, ob nicht ein solcher Gewinn berücksichtigt werden müsse, der anderweitig hätte gemacht werden können. Die Tatsache, daß für den Anspruch des Beauftragten nur die von ihm gemachten Aufwendungen in Betracht fallen, will nun aber nicht besagen, daß diese stets geringer (höchstens gleich groß) sein müßten als das negative Interesse. Das wäre dann der Fall, wenn der Betrag der Impensen dem positiven Schaden als Bestandteil des negativen Interesses entspräche. Beim Mandat wird aber auch jener Schaden berücksichtigt, der auch ohne den Auftrag entstanden wäre¹¹⁰. Andererseits kann der Betrag der Impensen aber auch geringer sein als der positive Schaden des negativen Interesses. Als Beispiel hiefür dient dasjenige Hartmanns, das er für die Unzulänglichkeit dieser Haftung anführt, wonach jemand, infolge einer Verwechslung in der Person, bei einem der inneren Absicht nicht entsprechenden Maler ein Gemälde bestellt und dieser es gutgläubig anfertigt, als Schadenersatz jedoch nur das Material, nicht auch die dafür aufgewendete Arbeitszeit und Mühe in Rechnung stellen darf¹¹¹.

Aber selbst dann, wenn die Mandatskonstruktion für den Fall des Widerrufs der Offerte in jeder Hinsicht zu befriedigen vermöchte, so böte sie doch in einer großen Zahl von Fällen keinen Schutz, vor allem dann, wenn das negative Interesse die Folge eines Mangels im Willen oder wenn es auf die Verpflichtungsunfähigkeit einer Vertragspartei zurückzuführen ist¹¹².

bb. Außervertragliche Haftung: *Actio doli*.

Die Anhänger dieser Theorie¹¹³ gehen davon aus, daß das

¹⁰⁹ vgl. Melliger 96.

¹¹⁰ vgl. Melliger 96.

¹¹¹ vgl. Hartmann: Wort und Wille im Rechtsverkehr, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, 20 (1882) S. 19.

¹¹² vgl. Brock 160; Melliger 94.

¹¹³ vgl. Mommsen, 1. Abt. 122 ff.; Ude: Ueber die Bedeutung des Satzes: „*Impossibilium nulla obligatio*“, Archiv für civilistische Praxis, 48 (1865) S. 255 und 258 ff.

römische Recht nur *dolus* als *causa obligationis* anerkannt habe. Mommsen sagt zwar mit Bezug auf den Fall der Unmöglichkeit der Leistung, daß es der Billigkeit entspräche, wenn der Verkäufer den Schaden, den der Käufer durch Abschließung eines Kaufvertrages erlitten hat, ohne Rücksicht auf Verschulden tragen müßte; denn es sei doch Sache dessen, der etwas verspricht, darüber im klaren zu sein, ob er das Versprochene auch leisten könne, dagegen sei auf Grund der hiefür in Frage kommenden Quellenstellen keine Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen des römischen Rechts zu rechtfertigen¹¹⁴. Nun hat aber das römische Recht als erste wichtige Ausnahme von jener Regel die Haftung für *culpa* im Falle der *actio legis Aquiliae* anerkannt und sodann in einem steten Entwicklungsprozeß das ursprüngliche Anwendungsgebiet dieser Klage erweitert¹¹⁵. Die Quellen legen nun aber kein klares Zeugnis davon ab, ob hinsichtlich der negativen Interessehaftung der Grundsatz oder eine Ausnahme davon gegolten habe¹¹⁶. Sollte nun aber auch die Konstruktion der *actio doli* die negative Interessehaftung positivrechtlich nachzuweisen und hinsichtlich Art und Grund zu begründen vermögen, so würde sie doch angesichts der Tatsache nicht befriedigen, daß in den seltensten Fällen eine Schädigung dieser Art auf *dolus* zurückzuführen ist. Aber allein darin würde das Unbefriedigende liegen, wenn nur die *actio doli* für den Ersatz des negativen Interesses geltend gemacht werden könnte, nicht auch in der beschränkten Vererblichkeit und in der den Kläger treffenden Beweislast, die mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden ist; denn das wäre auch dann der Fall, wenn die Klage nur auf Fahrlässigkeit gestützt werden müßte¹¹⁷. Da nun die Quellen hinsichtlich der Gleichstellung von *culpa lata* und *dolus* ebenso unklar sind, darum ist mit Rücksicht auf die *culpa lata* keine Milderung jener Beschränkung möglich.

¹¹⁴ D 11, 7, 8, 1; 18, 1, 62, 1.

¹¹⁵ vgl. Melliger 97.

¹¹⁶ vgl. vorne § 5/II/A/1/a.

¹¹⁷ vgl. Melliger 102.

2. Der germanistische Begründungsversuch der negativen Interessehaftung: Die Theorie des Veranlassungsprinzips, aufgebaut auf dem germanischen Recht

Diese Theorie fällt bereits in eine Zeit, da der Versuch aufgegeben war, den positivrechtlichen Bestand der negativen Interessehaftung nachzuweisen, und in der man sich darauf beschränkte, ihr Wesen zu erfassen. Nachdem schon der Versuch unternommen worden war, die Pflicht zum Ersatz des negativen Interesses ohne Rücksicht auf Verschulden aus dem römischen Recht heraus zu begründen, bejahte nun Regelsberger¹¹⁸ die Frage nach einer Verursachungshaftung für die Schädigung infolge eines Verhaltens, das im Zusammenhang mit den Vertragsverhandlungen die Gegenpartei in die irrtümliche, aber entschuldbare Meinung von der gültigen Entstehung des Vertrages versetzt hat, indem er ihre Grundlage in der Veranlassungshaftung des alten germanischen Rechts zu finden glaubte¹¹⁹. Während es sich hier aber um ein allgemeines Haftungsprinzip handelte, so sind für das Absehen vom Verschulden bei der negativen Interessehaftung ganz spezielle Erwägungen maßgebend im Zusammenhang damit, daß der Verkehr einerseits ein ausgedehnterer geworden ist, daß er andererseits aber vor allem einen anderen Charakter angenommen hat. Wenn sich nun in den in Frage stehenden Fällen die Forderung nach einer Veranlassungshaftung stellte, so ließ sich diese ohne weiteres mit der allgemeinen Geltung des Verschuldungsprinzips vereinbaren als eine Ausnahmehaftung, aber nur als solche ließe sie sich denken und nicht etwa als Ausfluß eines unter ganz anderen Rechtsanschauungen geltenden Prinzips. Aus diesem Grunde konnte der Begründungsversuch des Veranlassungsprinzips die positivrechtliche Grundlage der negativen Interessehaftung nicht finden, noch vermochte er das Wesen der negativen Interessehaftung klarzustellen¹²⁰. Dazu kommt, daß, während Jhering sich wenigstens auf einige, wenn auch spärliche Zeug-

¹¹⁸ vgl. Regelsberger a. a. O. in Endemanns Handbuch des Handelsrechts, II 414.

¹¹⁹ vgl. Brock 166.

¹²⁰ vgl. die Ausführungen über die Theorie des Veranlassungsprinzips, aufgebaut auf dem römischen Recht: vorn § 5/II/A/1/a/bb.

nisse dieser Haftung in den römischen Quellen stützen konnte, Regelsberger, mangels einer solchen Möglichkeit, die Frage offen lassen mußte, ob der Anspruch auf den positiven oder den negativen Interessesersatz gerichtet sei¹²¹.

B. Die rechtsphilosophische Konstruktion der «Bona fides»-Theorie

Die Vertreter dieser Theorie¹²² wollten die Schadenersatzpflicht bei unwirksamen Verträgen auf Treu und Glauben allein zurückführen. Mit der Feststellung der Uebereinstimmung der negativen Interessehaftung mit der bona fides war aber noch kein Recht geschaffen. Diese konnte nur Motiv eines entsprechenden Rechtspostulates sein. Die „Bona-fides“-Theorie blieb bei der Frage der positivrechtlichen Verwirklichung und dem Problem der Natur und des Rechtsgrundes der negativen Interessehaftung stehen¹²³.

III. Ergebnis

Die kritische Würdigung der gemeinrechtlichen Konstruktionen ergibt, daß diese nicht nur nicht imstande waren, den positivrechtlichen Bestand der negativen Interessehaftung nachzuweisen, sondern daß sie es auch nicht vermocht haben, Natur und Grund, das Wesen der negativen Interessehaftung überhaupt, sein Verhältnis zur positiven Interessehaftung für den Fall ihrer Geltung klarzustellen. Aus diesem Grunde wende ich mich nun der Frage nach der richtigen Lösung des Problems im gemeinen Recht zu. Dabei werde ich mich allerdings, in Betracht des Umstandes, daß dieses Kapitel vor allem die Behandlung der formellen Begründung zum Gegenstand hat, auf die Beantwortung der letzteren Frage beschränken, während

¹²¹ vgl. Brock 167.

¹²² vgl. Thöl: Das Handelsrecht I (6. A. Leipzig 1879) S. 734; Goldschmidt: Besprechung der Abhandlung Regelsbergers (1. Heft der Civilrechtlichen Erörterungen) über: „Die Vorverhandlungen bei Verträgen“, Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht, 13 (1869) S. 335; Eisele 472 ff.; Windscheid/Kipp 6.—9. A. § 307 N 5.

¹²³ vgl. Brock 163 ff.; Melliger 117 ff.

ich die Frage der richtigen materiellen Begründung teils mit der Stellungnahme zu den gemeinrechtlichen Konstruktionen der negativen Interessehaftung beantwortet zu haben hoffe, teils im Zusammenhang mit der Behandlung der Grundlagen der negativen Interessehaftung des BGB ins Auge fassen werde¹²⁴.

§ 6: Die richtige Lösung des Problems im gemeinen Recht

Nachdem die gemeinrechtliche Doktrin erkannt hatte, daß die negative Interessehaftung auf Grund der modernen Rechtsbedürfnisse und -anschauungen der bona fides entsprach, stellte sich in erster Linie die Frage, ob diese Haftung bereits positives Recht war oder ob sie es erst werden mußte. War sie vorhanden, dann hatte die Wissenschaft die Aufgabe, das Wesen, vor allem die Natur und den Rechtsgrund der Haftung zu erfassen und zu bestimmen, wie weit der Inhalt der einzelnen Gesetzesbestimmungen reichte, überhaupt zum gegebenen Rechtsbestand Stellung zu nehmen. Zeigte sich jedoch, daß die Haftung noch nicht Recht war, so lag es der Wissenschaft ob, nach Untersuchung des Wesens dieser Haftung auf Grund eines gewonnenen Prinzips eine Kasuistik zu schaffen und sich deren positivrechtliche Verwirklichung zum Ziele zu setzen.

Zum Zwecke dieser Feststellung hätten vorerst die römischen Quellen herangezogen werden müssen; die durch sie behandelten Fälle der negativen Interessehaftung hätten nun aber, verglichen mit den durch die modernen Verhältnisse bedingten Situationen, in denen sich die Forderung einer negativen Interessehaftung stellte, gezeigt, daß der ihnen zugrunde liegende Gedanke ein anderer sein mußte, daß also die Quellen nicht die positivrechtliche Grundlage der in Frage stehenden Schadenersatzpflicht darstellten, so daß für das gemeine Recht die Frage unabhängig von ihnen zu prüfen gewesen wäre. Aus demselben Grunde versagte für dieses Problem auch das alte germanische Recht. Aber nicht nur im geschriebenen Recht fand sich die Grundlage der negativen Interessehaftung nicht, auch

¹²⁴ vgl. hinten § 7/I/B.

ein Gewohnheitsrecht gab es nicht¹²⁵. Die Theorie des gemeinen Rechts stand also lediglich auf dem Boden eines Rechtspostulates. Daher wäre es die weitere Aufgabe der Wissenschaft gewesen, die negative Interessehaftung erkenntnistheoretisch zu erfassen¹²⁶ und sodann darauf hinzuwirken, daß den gewonnenen Ergebnissen durch die Praxis Rechtswirksamkeit verschafft worden wäre und daß diese sich zu einem Gewohnheitsrecht verdichtet hätte¹²⁷.

¹²⁵ Eine solche Situation ist einzig behandelt bei: Regelsberger 76: Schutz des Oblaten im Sinne der Unwiderruflichkeit der Offerte.

¹²⁶ Ueber die richtige materielle Begründung: vgl. vorn § 5/III.

¹²⁷ vgl. Brock 58.

2. Kapitel:

Die erkenntnistheoretische Betrachtung der positivrechtlichen Geltung der negativen Interessehaftung

§ 7: Im BGB

I. Die Grundlagen der negativen Interessehaftung: Deren Stellung innerhalb der objektiven Schadenshaftung

A. Die auf ein Haftungsprinzip gerichteten Theorien über die Gründe der objektiven Schadenszurechnung

Wenn wir die negative Interessehaftung erkenntnistheoretisch erfassen wollen, dann ist es vorerst unsere Aufgabe, die Frage zu beantworten, ob in der allgemeinen Lehre von der Schadenszurechnung eine Theorie zu finden sei, die auch das Wesen der negativen Interessehaftung erkläre. Da zeigt es sich, daß diese das Moment, daß vom Verschulden abgesehen wird, mit verschiedenen modernen Haftungen gemeinsam hat, so mit der Haftung des Staates im Eisenbahnbetrieb, mit der Haftpflicht des Tierhalters, des Werkeigentümers, des Geschäftsherrn usw. Damit ordnet sie sich in den Bereich der objektiven Schadenersatzpflicht ein. Unsere Aufgabe ist es nun, ihre Stellung in diesem Rahmen abzuklären¹.

Die Verschuldungshaftung, die auch heute noch geltendes Haftungsprinzip ist, zeichnet sich vor allem durch ihre Geltung als unmittelbar richtiges Recht aus. Mit Rücksicht darauf, daß es auch Fälle gibt, in denen die Haftung ohne Verschulden eintritt, kann nicht mehr von der Verschuldungshaftung als schlechtweg geltendem Haftungsprinzip gesprochen werden; denn dieses

¹ vgl. Brock 175.

bedeutet, daß eine Haftung immer nur auf Grund eines Verschuldens eintritt. Um das heutige Haftungsprinzip feststellen zu können, müßte es uns gelingen, ein Prinzip zu finden, welches nicht nur die Fälle der Verschuldenshaftung, sondern darüber hinaus auch die Fälle der Haftung ohne Verschulden umspannte, welches also an ein die Schadenshaftung begründendes Moment anknüpfte, das mit der Verschuldung nicht identisch wäre. Solange aber kein solches Prinzip festgestellt werden kann, das sowohl das bestehende Haftungsprinzip der Verschuldenshaftung wie dessen Ausnahme umfaßt, solange diesen beiden also nicht ein gemeinsames Moment zugrunde liegt, welches unabhängig vom Bestehen oder Nichtbestehen eines Verschuldens zur Haftung führt, ist kein Grund dafür vorhanden, das Verschuldensprinzip aufzugeben mit Rücksicht darauf, daß es Fälle einer Haftung ohne Verschulden gibt. Das wäre nur dann richtig, wenn ein und derselben Wirkung ein und dieselbe Ursache zugrunde liegen müßte. Dann müßte man sich auf den Standpunkt stellen: Es ist undenkbar, daß sowohl das Verschulden wie auch die bloße Verursachung die Haftung begründen. Dem ist nun aber nicht so. Gleiche Ursachen haben gleiche Wirkungen, gleiche Wirkungen brauchen aber nicht gleiche Ursachen zu haben, die gleichen Motive führen zur gleichen Norm, den gleichen Normen können aber verschiedene Motive zugrunde liegen², denen dieselbe Bedeutung zukommt oder aber die in einem Verhältnis von Grundsatz und Ausnahme zueinander stehen. Nur darf keines dieser daraus sich ergebenden verschiedenen Prinzipien³ als Prinzip der Schadenshaftung überhaupt hingestellt werden. Das letztere trifft also auch hinsichtlich der Verschuldenshaftung zu. Da nun aber diese Haftung den Grundsatz, die Verursachungshaftung die Ausnahme darstellt, so spricht man dennoch vom Verschuldungsprinzip. Es stellt sich nun die Frage, in welchem Verhältnis diese Fälle der objektiven Schadenshaftung zum Verschuldensprinzip stehen. Ließe

² vgl. Brock 177.

³ Soweit sich diese Motive überhaupt zu Prinzipien verdichten können. Noch viel weniger kann ihnen als bloßen haftungsbegründenden Tendenzen diese Bedeutung beigemessen werden.

sich ein Prinzip finden, das sowohl jene Fälle wie diejenigen der Verschuldenshaftung umfaßte, so würde das bedeuten, daß jene Motive, die zur prinzipiellen Haftung führten, als vermeintlich maßgebliche, als zufällige, zu betrachten wären. Nun ist es aber so, daß das haftungsbegründende Motiv bei der Verschuldungshaftung tatsächlich das Verschulden ist, unabhängig davon, welche Motive der Ausnahmehaftung zugrunde liegen; denn es ist ausgeschlossen, ein solches Haftungsprinzip zu finden, das alle Fälle der Schadenshaftung umspannte. Daher erhebt sich nur noch die Frage des Verhältnisses der verschiedenen Fälle der objektiven Schadenshaftung untereinander. Zu diesem Zwecke müssen wir vorerst ihre Motive untersuchen, um dann prüfen zu können, ob eine prinzipielle Zusammenfassung dieser Fälle möglich oder ob die Aufteilung in mehrere Prinzipien erforderlich sei.

Alle darauf gerichteten Versuche⁴ haben das Eine gemeinsam: Keiner hat zu einem Haftungsprinzip geführt, wäre es ihm auch gelungen, die gemeinsame Haftungstendenz der objektiven Schadenshaftung zu erkennen; denn unter welchen Voraussetzungen diese Tendenz zu beachten sei, in welchen Fällen das Bedürfnis dieser Haftung gegeben sei, darüber gibt die betreffende Untersuchung keine Auskunft. Aber auch die gemeinsame Tendenz haben diese Versuche nicht zu eruieren vermocht. Auch Rümelin⁵, der den Ergebnissen jener Versuche den Charakter von Haftungsprinzipien abspricht und sich somit von den Vertretern der übrigen Theorien dadurch unterscheidet, daß er diese vermeintliche Tendenz nicht als Prinzip ausgibt, hat zu Unrecht geglaubt, in der Gefährdungshaftung jene Tendenz gefunden zu haben⁶.

Der Grund, warum diese Theorien versagten, liegt darin, daß sie ein allgemeines Prinzip der objektiven Haftung finden wollten⁷.

⁴ vgl. Merkel: Juristische Encyclopädie (5. A. Berlin 1913), § 699 ff.; Unger: Handeln auf eigene Gefahr (3. A. Jena 1904) S. 62 ff.

⁵ vgl. Rümelin 45 ff.; Stammler 113.

⁶ vgl. die Ausführungen unter B.

⁷ vgl. Brock 184/185.

*B. Die Theorie auf Grund der wahren Erkenntnis der Grundlagen
der objektiven Schadenszurechnung*

Aufgabe der Wissenschaft wäre es gewesen, vorerst zu untersuchen, welches Moment in den in Frage stehenden Fällen zu der Verursachung hinzutritt, aus der Erkenntnis heraus, daß keine Haftung auf die Verursachung an sich zurückgeführt werden kann⁸. Da hätte es sich gezeigt, daß dieses Moment einmal alle jene Fälle einer Schadensverursachung ausschließt, in denen die Haftung der schädigenden Person diese in ihrem freien Benehmen einschränkte oder mit der bestehenden Gesellschaftsordnung unvereinbar wäre⁹. Die weitere Erkenntnis wäre die gewesen, daß die sozialen Beziehungen zwischen dem Schädiger und dem Beschädigten und die vom Standpunkt der sozialen Gerechtigkeit sich daraus ergebende Notwendigkeit einer Ausgleichung der Schadenstragung zwischen den Beteiligten ein die objektive Schadenshaftung begründendes Moment ist¹⁰. Nach Rümelin¹¹ ist aber dieses Inbezugsetzen eines Schadens mit dem Vermögen zweier Parteien nicht das entscheidende Moment, sondern nur die Folge eines besonderen Haftungsgrundes¹², der einerseits die Gefährdung, anderseits die von einem bestimmten Normaltypus abweichende Individualität sei¹³. Der Schadensverteilung komme also nur die Bedeutung einer Modifikation einer bereits bestehenden Haftung zu. Die von Rümelin angeführten Haftungsgründe vermögen aber keineswegs allen Verhältnissen gerecht zu werden. Weder das Moment der Gefährdung noch dasjenige einer anormalen Individualität vermag z. B. die negative Interessehaftung zu begründen. Worin sollte die Gefährdung, worin die Abnormität liegen? Der Umstand, daß eine Handlung eine Schädigung mit sich bringt, rechtfertigt noch nicht die Annahme, daß sie gefährlich sei; auch die harmloseste Tätigkeit kann zu einer Schädigung führen. Rümelin

⁸ vgl. die Ausführungen zur Theorie des Veranlassungsprinzips, aufgebaut auf dem römischen Recht: vorne § 5/II/A/1/a/bb.

⁹ vgl. Rümelin 26; Brock 187.

¹⁰ vgl. Brock 186 ff.

¹¹ vgl. Rümelin 65 ff.

¹² vgl. Brock 190.

¹³ Haftungsgrund für die Haftung Unzurechnungsfähiger.

könnte nur entweder den Begriff der Gefährdung im eigentlichen Sinn des Wortes auffassen und dann aber darauf verzichten, die gemeinsame Tendenz aller Fälle der objektiven Schadenshaftung, mit Ausnahme der Haftung Unzurechnungsfähiger, zu finden oder aber darauf Anspruch erheben, dabei aber den Begriff der Gefährdung verflüchtigen. Diesen Weg hat Rümelin eingeschlagen. Damit hat er aber gerade den Vorzug preisgegeben, den die von ihm umschriebene Tendenz gegenüber einer allgemeineren, unbestimmteren gehabt hätte¹⁴.

Wir müssen uns mit einer einfachen und schlichten Umschreibung der Haftungstendenzen begnügen. Wir müssen deren verschiedene auseinanderhalten. Eine solche Tendenz ist einmal die eines sozial gerechten Ausgleichs in der Schadenstragung. Es ist also nicht so, daß die Schadensausgleichung nur auf die bereits bestehende Haftung Einfluß nähme: Sie selbst bildet den Haftungsgrund¹⁵. Diese Haftungstendenz umfaßt also alle Fälle, in denen sich eine gerechte Vermögensverteilung auf Grund der sozialen Beziehungen als notwendig erweist. Sie hat aber nur solange ihre Existenzberechtigung als selbständiger Haftungsgrund, als nicht eine andere als diese soziale Beziehung maßgebendes Motiv für die objektive Schadenshaftung ist. Insofern stellte sich dann nur noch die Frage, inwieweit der Gedanke der Vermögensausgleichung auf die Haftung einwirken sollte. Und in der Tat gibt es Fälle, in denen eine Verschärfung der Haftung in dem Sinne eintreten soll, daß an Stelle der verteilten Schadenstragung die einseitige Haftung derjenigen Partei tritt, die den Schaden verursacht hat. Auch der Haftungsgrund für diese Fälle läßt sich nur sehr unbestimmt feststellen. Mit Brock¹⁶ ist zu sagen, daß überall da eine solche Verschärfung der Haftung eintreten soll, „wo die rein soziale Beziehung in eine speziellere und engere Verbindung übergeht, sei es, daß zwei nach Uebereinkunft miteinander in Verbindung treten,

¹⁴ vgl. Brock 193.

¹⁵ vgl. Brock 191.

¹⁶ vgl. Brock 192.

sei es, daß einer durch außergewöhnliches Verhalten sich selbst zu den Mitmenschen in besondere Beziehung bringt“.

Als besondere Haftungstendenz ist aber nicht etwa diejenige des Urteilsunfähigen zu betrachten. Der Grundgedanke der Haftung des Urteilsunfähigen ist nicht etwa seine Individualität, wie das Rümelin¹⁷ annimmt; sie kann nicht die Haftpflicht begründen, im Gegenteil: sie begründet die Haftungsfreiheit¹⁸. Wenn aber der Urteilsunfähige trotzdem haftet, dann ist es ebenfalls entweder soziale Gerechtigkeit, die Tendenz eines sozial gerechten Ausgleichs in der Schadenstragung oder aber jene speziellere und engere Verbindung, die durch Uebereinkunft zweier Personen oder durch außergewöhnliches Verhalten eines Menschen entstanden ist. Es mangelt ihm wohl die Subjektivität, sodaß sein Verhalten als ein rein kausales zu betrachten ist. Jene beiden Momente aber, die die objektive Schadenshaftung begründen, sind objektiver Natur. Die Haftungsfreiheit des Urteilsunfähigen hat mit ihnen nichts zu tun. Als Mitglied eines sozialen Kreises müssen die Unzurechnungsfähigen mit ihrem Vermögen in genau gleicher Weise wie die Urteilsfähigen zur Haftung herangezogen werden können¹⁹. Aber auch insofern, als eine Schadenshaftung auf Grund jener besonderen Beziehung eintritt, ist kein Grund dafür gegeben, sie nicht auch auf den Urteilsunfähigen anzuwenden, soweit dessen Verhalten, welches diese besondere Beziehung herstellt, nicht gerade auf die besondere Individualität zurückzuführen ist.

So gelangen wir zum Ergebnis, daß nicht nur der Schadenshaftung allgemein, sondern auch der objektiven Schadenshaftung im besonderen kein allumfassendes Prinzip zugrunde liegt, sondern daß sie auf zwei verschiedene Tendenzen zurückzuführen ist, denen jedoch nicht der Charakter von Haftungsprinzipien zukommt, bieten sie doch nicht eine feste Subsumptionsgrundlage, eine genaue Abgrenzung der durch sie begründeten von den übrigen Fällen objektiver Schadenshaftung und

¹⁷ vgl. Rümelin 687.

¹⁸ vgl. Brock 189.

¹⁹ vgl. Brock 191.

von den übrigen Haftungsfällen, was aber nicht bedeuten will, daß nicht mehrere Prinzipien innerhalb der objektiven Schadenshaftung an sich möglich wären, insofern keines als das Haftungsprinzip Geltung beanspruchen wollte, das alle Fälle der objektiven Schadenshaftung umspannte.

Diese Ergebnisse lassen uns insbesondere auch das Wesen der im deutschen Recht zu normierenden und als richtiges Recht einleuchtenden negativen Interessehaftung erkennen. Sie zeigen uns, daß nicht das Moment Verschuldung oder Veranlassung maßgebend ist für die negative Interessehaftung, sondern daß diese auf anderer Grundlage beruht, und daß das eine wie das andere als bloße Haftungsvoraussetzung zu betrachten ist, die zum haftungsbegründenden Moment hinzutritt, selbst aber die Haftung nicht begründet.

II. Positivrechtliche Auswirkungen

A. Der objektive Rechtsgrund: Natur der negativen Interessehaftung

1. Kritik der Theorien

a. Die Deliktstheorien

Das BGB äußert sich über die Art der negativen Interessehaftung nicht. Die Entscheidung dieser Frage erschien als Aufgabe der Wissenschaft²⁰.

Bei der Behandlung dieser Frage müssen wir davon ausgehen, daß die Grundlage der negativen Interessehaftung weder Verschulden noch Veranlassung²¹, weder rechtswidriges Verhalten noch Vertragsverletzung ist. Es muß sich also um eine Haftung aus selbständigen Gründen handeln. Es stellt sich nun nur noch die Frage, ob sie eine Haftung aus selbständigen Gründen mit Delikts- oder mit Vertragsähnlichkeit sei. Wenn auch mit jener Feststellung einerseits sowohl das Urteil über die Delikts-

²⁰ vgl. Brock 195.

²¹ Das BGB normiert die Pflicht zum Ersatz des negativen Interesses in drei Fällen, in zweien läßt es die Haftung schlechthin (§§ 122, 179), im dritten Fall nur bei Verschulden eintreten (§ 307) (vgl. Brock 194/195).

wie über die Vertragstheorien gesprochen, anderseits der Weg zur richtigen Lösung des Problems gezeigt ist, so werde ich doch in den folgenden Betrachtungen auf die für und gegen sie vorgebrachten Argumente eintreten, dagegen nicht auf diejenigen Argumente, die sich auf die Frage des Haftungsprinzips²² beziehen; denn das Problem, das sich in diesem Zusammenhang stellt, eben dasjenige der Natur der negativen Interessehaftung im BGB, liegt in der Frage, ob diese Haftung an eine Widerrechtlichkeit oder an eine Vertragsverletzung oder an irgendein anderes Verhalten anknüpfe, das Verschulden aber ist weder für die Haftung auf Grund einer Widerrechtlichkeit noch für die auf Grund einer Vertragsverletzung noch für eine solche aus selbständigen Gründen typisch.

Die Deliktstheorien haben in Deutschland nicht dieselbe Bedeutung wie in andern Ländern erlangt. Vertreten wurden sie vor allem in den ersten Zeiten der Herrschaft des BGB²³. Der gemeinsame Grundgedanke aller Deliktstheorien ist der, daß jedermann im geschäftlichen Verkehr die Pflicht obliege, Sorgfalt anzuwenden, um Leute, die mit ihm in Beziehung treten, nicht zu schädigen. Eine Widerrechtlichkeit liege also in der Verletzung dieser Rechtspflicht²⁴. Nun muß aber das positive Recht diese Pflicht irgendwo statuieren, und zwar nicht nur in einem so allgemeinen Satz wie dem des Handelnmüssens nach Treu und Glauben. Wenn also eine Deliktstheorie in irgendeinem Recht ihre Berechtigung haben soll, dann muß die Widerrechtlichkeit in der Verletzung einer konkreten Rechtspflicht gesehen werden können. In diesem Falle würden aber immer noch die weiteren Argumente, die gegen die Deliktstheorie vorgebracht wurden, aufrecht stehen, nämlich einerseits dasjenige, daß es sich bei einer unerlaubten Handlung vor allem um die Verletzung einer allgemeinen Pflicht im Sinne einer Pflicht gegenüber jedermann handle, während das negative Interesse nicht irgendeiner Person, sondern dem Verhandlungspartner, also einer ganz bestimmten Person zugefügt werde, anderseits dasjenige,

²² Ueber das Haftungsprinzip: vgl. hinten B.

²³ vgl. Herz 25 ff.

²⁴ vgl. Tuhr: Ueber die Mängel des Vertragsabschlusses nach schweizerischem Obligationenrecht, ZSR 16 (1897) S. 18.

daß die negative Interessshaftung als Deliktshaftung weder der Billigkeit noch den Anforderungen des modernen Wirtschaftslebens gerecht werde. Die Beurteilung der Richtigkeit jenes Argumentes kann nur bezüglich einer konkreten Rechtsordnung erfolgen, indem darauf abzustellen ist, an welchen Tatbestand die Rechtsordnung die Haftung anknüpft²⁵; das andere Argument wendet sich nur gegen die Deliktstheorien, berührt also nur die Frage des Verschuldens, nicht auch die der Widerrechtlichkeit. Darum ist dieses Argument in diesem Zusammenhang, d. h. bei der Behandlung der Frage der Natur der negativen Interessshaftung unbeachtlich, und ich kann mich nun der Prüfung des anderen Argumentes gegen die Deliktsnatur zuwenden²⁶.

Es ist davon auszugehen, daß die Grundlage der negativen Interessshaftung im BGB weder im Verschulden noch in der bloßen Verursachung liegt, sondern daß dieses oder jenes Moment nur zu dem der Haftung zugrunde liegenden, entscheidenden Moment hinzutritt. Wir haben gesehen, daß dieses in einer spezielleren und engeren Beziehung als die rein soziale Beziehung zwischen dem Schädiger und dem Geschädigten besteht. Das Entscheidende liegt nun aber in der Art dieser Beziehung: Es kommt nicht darauf an, ob jemand sich durch ein außergewöhnliches Verhalten zu einem seiner Mitmenschen in besondere Beziehung setzt oder ob zwei nach Uebereinkunft miteinander in Verbindung treten, wie das bei der negativen Interessshaftung der Fall ist. Maßgebend ist also nicht, wie, sondern daß eine solche Verbindung geschaffen ist. Dieser Umstand berührt aber nur die Frage des Haftungsgrundes, nicht aber der Haftungsart. Was diese anbetrifft, so muß auf die Art und Weise, wie diese Beziehung im Falle der negativen Interessshaftung zustande kommt, abgestellt werden, und so gelangen wir zum Schluß, daß der Schädigende den Schaden nicht irgendeiner Person zufügt, wie das bei einer unerlaubten Hand-

²⁵ Unser Recht knüpft die negative Interessshaftung an eine Vertrauensverletzung und -täuschung an, und diese erfolgt zweifellos nicht einer bestimmten Person gegenüber (vgl. hinten § 8/II Einleitung).

²⁶ Die Argumente gegen die Deliktsnatur der negativen Interessshaftung im schweiz. Recht: vgl. hinten § 8/II/B/1/a.

lung der Fall wäre, sondern einer ganz bestimmten Person, der Person, mit der er nach Uebereinkunft in Verbindung getreten ist. Die negative Interessehaftung knüpft also nicht an ein widerrechtliches Verhalten an. Sie kann also im BGB nicht deliktischer Natur sein; denn das objektiv Richtige ist positivrechtlich verwirklicht worden. Die Natur der negativen Interessehaftung steht mit ihrer Grundlage in engstem Zusammenhang^{27 28}.

Nun ist aber die Frage aufgeworfen worden, ob nicht aus dem Grunde die Ersatzpflicht des negativen Interesses unter die Haftung aus unerlaubter Handlung subsumiert werden könne, weil das BGB unter diesem Titel auch solche Tatbestände regelt, in denen das Moment der schuldhaften rechtswidrigen Handlung nicht verwirklicht ist, womit das Gesetz vom ursprünglichen Begriff der unerlaubten Handlung abgegangen sei. Dem ist nicht so. Es handelt sich dabei um einen Fehler der Gesetzestechnik, der aus der strengen Einteilung in obligationes ex contractu und in obligationes ex delicto zu erklären ist, die es als notwendig erscheinen ließ, die objektiven Haftungen unter die Delikte einzureihen, soweit sie nicht im Zusammenhang mit den Lehren des allgemeinen Teils oder in Verbindung mit dem Vertragsrecht geregelt werden konnten. Der Zweck dieser Einreihung war der, die Vorschriften über die eigentlichen unerlaubten Handlungen auch auf diese weiteren Tatbestände auszudehnen. Daraus geht zweierlei hervor: Einerseits soll jener Fehler der Redaktoren nicht dadurch vergrößert werden, daß über die positiven Bestimmungen hinaus noch andere nicht schuldhafte rechtswidrige Handlungen unter den Begriff der unerlaubten Handlung subsumiert werden; anderseits muß daraus, daß der Gesetzgeber die gleich zu behandelnden Tatbestände unter dieselben Bestimmungen stellt, dies aber hinsichtlich unseres Falles nicht getan hat, in dem Sinne, daß er auf diese Bestimmungen verwiesen hätte, geschlossen werden, daß er ihn nicht derselben Behandlung unterstellen will. Daraus geht hervor, daß selbst dann, wenn der Begriff der unerlaubten Handlung so extensiv interpretiert würde, die Fälle

²⁷ Daher auch der Titel: Positivrechtliche Auswirkungen.

²⁸ vgl. hinten 1/c.

der negativen Interessehaftung doch nicht darunter subsumiert werden könnten.

b. Die Vertragstheorien

Aus dem Umstand, daß die Bestimmungen über die negative Interessehaftung sich im Abschnitt „Schuldverhältnisse aus Verträgen“ finden, darf anderseits der Schluß gezogen werden, daß auf die negative Interessehaftung die Bestimmungen über die vertragliche Haftung Anwendung finden, jedoch nicht, daß jene Haftung selbst eine vertragliche sei. Aus dem Umstand, daß das BGB von unwirksamen Rechtsgeschäften und Verträgen spricht, was ja, streng genommen, einen Widerspruch in sich selber bedeutet, mag wohl geschlossen werden, die Haftung aus einem unwirksamen Vertrag sei ebenfalls eine rechtsgeschäftliche Verpflichtung. Damit ist aber nichts gewonnen; denn es bleibt dabei, daß die Verpflichtung nicht durch den Vertrag selbst, sondern durch dessen Unwirksamkeit (bzw. dessen Nichtzustandegekommensein) hervorgerufen wird. Es kommt also nicht auf ein äußeres, gar zufälliges Moment an, ob die negative Interessehaftung vertraglicher oder nicht vertraglicher Natur sei, d. h. darauf, ob die betreffende Verpflichtung vor Abschluß, bzw. bei Unwirksamkeit des Vertrages entstanden sei oder nach dessen vermeintlichem Zustandegekommensein, bzw. bei dessen Wirksamkeit, sondern maßgebend ist, daß es sich hier um eine Verpflichtung handelt, die gerade nur im Falle der Unwirksamkeit, bzw. des Nichtzustandegekommenseins des Vertrages denkbar ist.

In der deutschen Doktrin finden sich verschiedene Theorien, die auf die Annahme einer Haftung aus Vertrag hinauslaufen; sie bestehen vor allem²⁹ in der Annahme eines Schuldverhältnisses der Vertragsverhandlungen, das bei jeder Vertragsvorbereitung entstehe³⁰. Sie konstruieren eine Haftung für schuld-

²⁹ Ueber die Auseinandersetzung mit jenen Theorien, die die Haftung auf den nachfolgenden Vertrag gründen (Zielvertragstheorien: vgl. Herz 30 ff.): vgl. vorne § 5/II/A/1/a/aa.

³⁰ vgl. Stoll 532; Siber: Verschulden beim Vertragsschlusse, Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz II/1 (Berlin 1914) N I 4 vor §§ 275—292; Fischbach: Vorbereitende Rechtsverhältnisse, Archiv für Bürgerliches Recht, 41 (1915) S. 160, 170.

haftes Verhalten vor Vertragsschluß. Der Fehler, der allen diesen Versuchen gemeinsam ist, ist derselbe, der uns bei der Garantiekonstruktion entgegengetreten ist: Sie setzen einen rechtsgeschäftlichen Willen voraus, obwohl ein solcher nur in den seltensten Fällen nachgewiesen werden könnte, indem ein durch einseitiges³¹ oder zweiseitiges³² Rechtsgeschäft geschaffenes Schuldverhältnis vorausgesetzt wird³³. Wenn wir auf die Grundlage der negativen Interessehaftung abstellen³⁴, dann erkennen wir unter einem weiteren Gesichtspunkt, daß dem zwischen den Beteiligten begründeten Verhältnis nicht der Charakter eines Schuldverhältnisses zukommen kann.

c. Die Theorien der Haftung aus selbständigen Gründen

Die verbreitetste Auffassung über die Natur und den Grund der negativen Interessehaftung ist wohl die einer Haftung aus selbständigen Gründen. In Betracht fallen hier aber nur jene Theorien, die sich darüber aussprechen, ob diese Haftung aus selbständigen Gründen eine solche mit Vertrags- oder eine solche mit Deliktsähnlichkeit sei; denn ohne daß diese Frage beantwortet ist, besteht keine Klarheit darüber, ob die Bestimmungen über unerlaubte Handlungen oder ob die Vorschriften über Vertragsverletzungen anzuwenden seien³⁵.

Bevor ich die Theorien behandle, die entweder die Delikts- oder die Vertragsähnlichkeit vertreten, muß ich auf den Versuch Brocks hinweisen, die negative Interessehaftung als eine solche zu betrachten, die auch systematisch eine Mittelstellung zwischen Vertrag und Delikt einnehme, d. h. eine Haftung, bei der weder alle Normen der Vertragshaftung noch alle Normen der Deliktshaftung anwendbar seien³⁶. So kommen nach ihm die deliktische Verjährungsfrist und der Gerichtsstand der

³¹ Eintrittstheorien: vgl. Herz 39 ff.

³² Haftungsvertragstheorien: vgl. Herz 35 ff.

³³ vgl. Scherrer 16 ff.

³⁴ vgl. vorne § 7/I/B.

³⁵ vgl. Gierke: Deutsches Privatrecht, III. Bd.: Schuldrecht (München & Leipzig 1917) 213 N 10.

³⁶ vgl. Brock 197 ff.

unerlaubten Handlung nicht zur Anwendung. Andererseits will er aber die Haftung auch nicht der Verjährungsfrist der Vertragsklage im Falle der Gültigkeit des Vertrages unterwerfen, sondern der allgemein vertraglichen³⁷. Ob diese Auffassung richtig ist oder nicht, das entscheidet aber nicht das juristische Bedürfnis nach Ordnung und System, sondern allein der Grund der Haftung³⁸. Die Stellungnahme zu dieser Ansicht führt aber über die Betrachtung der richtigen Lösung des Problems im BGB³⁹.

aa. Deliktsähnlichkeit.

In der deutschen Lehre begegnet uns fast ausnahmslos die Auffassung der Vertragsähnlichkeit; die Ansicht der Deliktsähnlichkeit findet sich überhaupt immer nur bezüglich des jeweiligen Anwendungsfalles der negativen Interessehaftung, nicht aber grundsätzlich vertreten⁴⁰. Eine eingehende Würdigung verdienen daher nur die verschiedenen Theorien, die Vertragsähnlichkeit annehmen.

bb. Vertragsähnlichkeit.

Die Vertragsähnlichkeit der negativen Interessehaftung wurde vor allem damit begründet, daß die Schadenersatzverpflichtung durch den Abschluß eines, wenn auch unwirksamen Vertrages entstehe. So spricht Oertmann von einer Haftung als Folge der Verletzung einer Pflicht, die jedem Kontrahenten kraft Gesetzes bei Vertragsverhandlungen obliege; wenn auch diese Rechtspflicht nicht als eine reine Vertragspflicht angesehen werden könne, so sei sie doch in dem Sinne eine rechtsgeschäftliche, als sie den rechtsgeschäftlich handelnden Parteien auferlegt sei⁴¹. Oertmann stellt also auf ein äußeres Moment ab, nämlich auf die Entstehung des Anspruchs infolge des Abschlusses eines unwirksamen Vertrages. Damit, daß Oertmann anerkennt, daß es sich nicht um eine reine Vertragspflicht

³⁷ vgl. BGB §§ 195—197.

³⁸ a. M. Scherrer 19.

³⁹ vgl. hinten § 7/II/A/2.

⁴⁰ Für das schweiz. Recht wird sie durch Oser vertreten: vgl. Oser Art. 39 N 7.

⁴¹ vgl. Oertmann II § 307 N 8 d.

handle, zieht er auch die Grenze gegenüber den Verpflichtungen aus Vertrag.

Der bedeutendste Vertreter dieser Richtung ist aber zweifellos Tuhr, der sich anfänglich für die deliktische Haftung ausgesprochen hat. Die Annahme der deliktischen Natur der negativen Interessehaftung ergab nach seinem Dafürhalten keine befriedigende Lösung hinsichtlich der Haftung des Geschäftsherrn für seinen Stellvertreter. Den Nachweis der Vertragsähnlichkeit der Haftung versucht er durch den Hinweis darauf zu erbringen, daß schon vor dem Vertragsschluß ein eigenartiges Rechtsverhältnis unter den Parteien bestehe, das Rechtsverhältnis der Vertragsverhandlungen. Unter dieses Rechtsverhältnis falle auch die Pflicht der Parteien, einander Aufschluß über Tatsachen zu geben, die für den Entschluß der Gegenpartei von ausschlaggebender Bedeutung sind. Die Verletzung dieser Pflicht bedeute aber keineswegs die Verletzung einer durch Vertrag begründeten Pflicht; denn dieser sei ja noch gar nicht abgeschlossen. Dagegen handle es sich um die Nichterfüllung einer gesetzlichen Pflicht, welche aus dem durch die Vertragsverhandlungen begründeten Rechtsverhältnis hervorgehe. Diese Pflicht bestehe gegenüber einem bestimmten Gegner, so daß vertragliche Normen zur Anwendung kommen, und zwar will Tuhr jedes bei Vertragsabschluß begangene Verschulden diesen Regeln unterstellen^{42 43 44}.

Die Würdigung dieser Theorie wie der übrigen Theorien der Vertragsähnlichkeit führt in den Zusammenhang der richtigen Lösung des Problems, gestützt auf die Grundlage der negativen Interessehaftung im BGB^{45 46}.

2. Richtige Lösung des Problems für das BGB

Wir haben festgestellt, daß die Grundlage einer Haftung aufs engste mit deren Natur verbunden ist, verbunden sein

⁴² vgl. Tuhr: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts (München und Leipzig 1914), II/1, S. 486 ff., vor allem 489/490, 593.

⁴³ vgl. Scherrer 23 ff.

⁴⁴ vgl. Herz 40 ff.

⁴⁵ vgl. vorne § 7/I/B.

⁴⁶ vgl. hinten § 7/II/A/2.

muß. Aus diesem Grunde müssen wir von der Grundlage der negativen Interessehaftung im BGB ausgehen. Negativ hat sie uns darauf geführt, daß die in Frage stehende Haftung weder an ein widerrechtliches Verhalten noch an eine Vertragsverletzung anknüpft, daß es sich also um eine Haftung aus selbständigen Gründen handelt⁴⁷. Die Antwort auf die Frage nun, ob sie Delikts- oder Vertragsähnlichkeit aufweise, läßt sich ebenfalls aus der Grundlage der negativen Interessehaftung ableiten.

Die negative Interessehaftung knüpft an das Moment der durch Uebereinkunft entstandenen Verbindung an; der Grund der Schadenersatzpflicht liegt in der engen persönlichen Beziehung der Kontrahenten, die durch den äußerlich perfekten, bzw. den scheinbaren Vertragsabschluß geschaffen worden ist. Wenn nun dieses Moment, welches die Haftung begründet, auch deren Natur bestimmt, so muß die Haftung vertragsähnlich sein, indem die Verletzung einer solchen Pflicht sie auslöst, die einer vertraglichen ähnlich ist. „Diese ihrem äußeren Wesen nach vertragliche Beziehung der Parteien ist für die Begründung der negativen Interessehaftung ausschlaggebend. Derjenige, der die Unwirksamkeit des geschlossenen Vertrages nicht kennt, ist in seinen Dispositionen ebenso gebunden, als bei rechtswirksamem Vertrage. Aus der Erfüllung seiner Pflicht, daß er die durch den Vertrag ihm gesetzte Schranke wahrt, in derselben Richtung nicht anderweitige Rechte erwirbt und Verpflichtungen eingeht, darf ihm kein Schaden erwachsen. So führt uns die Betonung der Eigenart des Verhältnisses, aus dem die Ersatzhaftung sich ergibt, zu dem, was gemeinhin aus dem Postulat der Sicherheit des Verkehrs hergeleitet wird. Eine nur vermögensausgleichende Haftung vermag dieser Eigenart nicht gerecht zu werden⁴⁸.“

⁴⁷ vgl. vorne § 7/II/A/1/a.

⁴⁸ vgl. Brock 201.

Zur Haftung wird also zunächst derjenige Kontrahent herangezogen, in dessen Person⁴⁹ der Grund der Unwirksamkeit, bzw. des Nichtzustandegekommenseins des Vertrages und damit der Schädigung des Gegenkontrahenten liegt. Nicht diese Pflichtverletzung begründet aber die negative Interessehaftung. Umgekehrt rechtfertigt es überhaupt erst jene enge persönliche Beziehung der Kontrahenten, die in Frage stehende Vertragspartei für ihre Pflichtverletzung schadenersatzpflichtig zu machen. Diese Pflichtverletzung besteht in der Täuschung eines berechtigten Vertrauens, d. h. des Vertrauens eines gutgläubigen Kontrahenten. Aber nicht nur jener Vertragspartner, in dessen Person der Grund der Unwirksamkeit, bzw. des Nichtzustandegekommenseins des Vertrages liegt, kann das berechnigte Vertrauen der Gegenpartei täuschen. Sie allein kann allerdings diese einer vertraglichen ähnliche Pflicht ohne Verschulden verletzen. Im Falle von Verschulden kann aber auch die Gegenpartei diese Pflicht verletzen und somit schadenersatzpflichtig werden.

Durch die negative Interessehaftung im BGB wird also das berechnigte⁵⁰ Vertrauen einer Vertragspartei geschützt⁵¹. Dieser Haftung liegt aber nicht in erster Linie der Gedanke des Vertrauensschutzes zugrunde, sondern sie knüpft unmittelbar an ein Verhalten an, welches die Verletzung einer solchen Pflicht bedeutet, die einer vertraglichen ähnlich ist. Noch viel weniger gibt es ein Recht, in seinem Vertrauen nicht getäuscht zu werden, so daß die Vertrauens Täuschung eine Widerrechtlichkeit bedeutete⁵².

Diese Vertragsähnlichkeit bedeutet aber, daß die negative Interessehaftung nicht dieselbe Behandlung wie eine vertragliche Haftung erfahren darf. Ihrer Eigenart muß in manchen

⁴⁹ Gemeint ist hier nicht nur der Fall des Nichtzustandegekommenseins des Vertrages wegen eines Mangels in der Person.

⁵⁰ Das Vertrauen muß berechnigt sein; denn es wird Gutgläubigkeit verlangt: vgl. BGB 122, 179, 307.

⁵¹ Daher auch in der deutschen Lehre der Ausdruck Vertrauensschaden.

⁵² Anders im schweizerischen Recht: vgl. hinten § 8/II/Einleitung, § 8/II/A und § 8/II/B/2.

Richtungen Rechnung getragen werden^{53 54}. Auch wenn also die Theorie Oertmanns und diejenige Tuhrs insofern die Natur der negativen Interessehaftung im BGB richtig erfassen, als sie sie als eine Haftung aus selbständigen Gründen mit Vertragsähnlichkeit betrachten, so nehmen sie andererseits doch beide keine Rücksicht auf die Eigenart dieser Haftung, indem sie schlechtweg die Vertragsnormen zur Anwendung bringen wollen. Der Umstand, daß der Grund der negativen Interessehaftung im BGB die durch Uebereinkunft geschaffene äußere Verbindung der Parteien ist, spricht aber insofern sowohl für die Theorie Tuhrs, als sie den Grund der Verpflichtung in der Nichterfüllung einer gesetzlichen Pflicht einem bestimmten Gegner gegenüber sieht, als auch für diejenige Oertmanns, als für sie die Verletzung einer Pflicht, die jedem Kontrahenten kraft Gesetzes bei Vertragsverhandlungen obliege, das haftungsbegründende Moment ist.

B. Der subjektive Rechtsgrund: Das Haftungsprinzip

Vor allem Jhering, aber auch spätere Bearbeiter des Problems der negativen Interessehaftung in der gemeinrechtlichen Doktrin haben sämtliche Fälle unwirksamer Verträge bezüglich des Haftungsprinzips in gleicher Weise behandelt. Im Gegensatz dazu macht nun das BGB Unterschiede. Während es die Haftung im Falle der Unwirksamkeit und des Nichtzustandekommenseins des Vertrages wegen Mangels im Subjekt, im Willen⁵⁵ und in der Person⁵⁶ ohne Rücksicht auf das Verschulden eintreten läßt, so knüpft die Haftung wegen Mangels im Objekt⁵⁷ an das Verschulden an⁵⁸.

Es stellt sich nun die Frage, aus welchem Grunde diese Fälle der negativen Interessehaftung eine verschiedene Behandlung erfahren sollen. Wenn wir zu diesem Zwecke die Erwä-

⁵³ vgl. die Ausführungen über den Versuch Brocks (197), die negative Interessehaftung als selbständige Kategorie zwischen der Delikts- und der Kontraktshaftung aufzufassen (vgl. vorne S. 77/78).

⁵⁴ vgl. Brock 198/199.

⁵⁵ vgl. BGB 122.

⁵⁶ vgl. BGB 179.

⁵⁷ vgl. BGB 307.

⁵⁸ vgl. Brock 194/195.

gungen des Gesetzgebers⁵⁹ heranziehen, so stellen wir fest, daß man nur aus ganz besonderen Gründen über die Verschuldenshaftung hinaus gehen wollte, wenn auch anderseits die Ansicht verteidigt wurde, daß mit Rücksicht darauf, daß die bedeutendsten Vertreter der gemeinrechtlichen Doktrin die gleiche Auffassung hätten, die Haftung des Versprechenden in jedem Anwendungsfall der negativen Interessehaftung schlechthin eintreten müsse.

Jener Standpunkt siegte ob. Die Redaktoren wiesen darauf hin, daß im Falle der Unwirksamkeit von Rechtsgeschäften wegen Mangels im Willen des einen Kontrahenten dieser deshalb ohne Rücksicht auf Verschulden schadenersatzpflichtig werden soll, weil dies einerseits die Verkehrssicherheit gebiete, anderseits weil sich der Erklärungs-mangel im Innern des Erklärenden vollziehe, so daß der Empfänger außerstande sei, den wirklichen Willen des Erklärenden zu erkennen, während sich beide Vertragspartner über das Vorhandensein des Leistungsgegenstandes Klarheit verschaffen könnten⁶⁰. Darin kann aber nicht der Grund für die verschiedene Behandlung hinsichtlich der Haftungsvoraussetzungen liegen; denn einerseits ist im Falle des Mangels im Subjekt ohnehin Gutgläubigkeit desjenigen erforderlich, der den Schadenersatzanspruch geltend macht, anderseits bildet auch im Falle des Mangels im Objekt die Gutgläubigkeit eine Haftungsvoraussetzung, so daß die Schadenersatzpflicht erst dann eintreten kann, wenn die Gegenpartei die Unmöglichkeit der Leistung weder gekannt hat noch hat kennen müssen. Jener Unterschied in der Erkennbarkeit des Mangels wirkt sich also schon, aber auch nur bei der Beurteilung der Gutgläubigkeit aus. Vielmehr liegt der Grund dafür, daß im einen Fall nur bei Verschulden, im anderen ohne Rücksicht auf Verschulden gehaftet wird, d. h. sich eine Durchbrechung des Verschuldensprinzips als notwendig erweist, einerseits im Interesse der Verkehrssicherheit, anderseits in dem Umstande an sich, daß im ersteren Fall ein außerhalb der Parteien liegendes Moment die Unwirksam-

⁵⁹ vgl. Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, I (Berlin 1897) S. 450—454.

⁶⁰ vgl. Brock 130/131, vor allem N 7.

keit bewirkt, im letzteren dagegen ein Kontrahent durch seine eigene Person die Vertragsnichtigkeit herbeiführt. Wenn im ersteren Fall beide Parteien gutgläubig sind, dann soll diejenige, bei der der Schaden eingetreten ist, ihn auch tragen müssen, d. h. es soll diejenige Partei nicht schadenersatzpflichtig werden, welche durch das Versprechen der unmöglichen Leistung jene Pflicht, die einer vertraglichen ähnlich ist, verletzt hat. Die Gegenpartei dagegen wird durch diese Pflichtverletzung zum Schadenersatz verpflichtet, weil diese hier Schlechtgläubigkeit voraussetzt. Weil aber im Falle der Unmöglichkeit einer Leistung die Haftung auf alle Fälle nur bei Verschulden eintritt, so wirkt sich dieser Unterschied bezüglich jener Pflichtverletzung auf die Schadenersatzpflicht nicht aus. Auch im Falle der Vertragsunwirksamkeit wegen Mangels im Subjekt muß diejenige Partei schadenersatzpflichtig werden, die das berechtigte Vertrauen der Gegenpartei schuldhaft getäuscht hat, aber diejenige, in deren Person oder in deren Willen der Grund der Unwirksamkeit des Vertrages liegt, kann auch ohne Verschulden schadenersatzpflichtig werden.

Diesen Ausführungen ist zu entnehmen, daß, obwohl nicht das Verschulden die Haftung begründet, es doch insofern von Bedeutung sein kann, als es einerseits zum haftungsbegründenden Moment⁶¹ gegebenenfalls hinzutreten muß, und als andererseits unter Umständen überhaupt erst bei seinem Vorliegen die Verletzung jener vorvertraglichen Pflicht gegeben sein kann, die die Vertrauenstäuschung zur Folge hat.

§ 8: Im alt OR und im rev. OR

I. Die Grundlagen der negativen Interessshaftung

A. Prinzip von Treu und Glauben

Bei der Betrachtung der „Bona fides“-Theorie⁶² habe ich festgestellt, daß es sich nur um eine rechtsphilosophische Konstruk-

⁶¹ vgl. vorn § 7/II/A/2, vor allem S. 80/81.

⁶² vgl. vorn § 5/II/B.

tion handeln kann. Treu und Glauben sollen der ganzen Rechtsordnung zugrunde liegen, das Substrat jeder einzelnen Rechtsnorm sein. Das Prinzip von Treu und Glauben ist ein Leitprinzip unseres Rechts. Damit ist aber noch nicht die Frage gelöst, wie sich dieses Prinzip in der uns interessierenden Richtung auswirkt, mit anderen Worten: damit ist noch kein Recht geschaffen. Dieses Prinzip muß in der Weise verletzt sein, daß ein Verstoß gegen eine Rechtsnorm zugleich einen Verstoß gegen jenes Prinzip bedeutet. Es stellt sich somit die Frage, ob das positive Recht in unserer Frage ein Prinzip aufgestellt habe, das als Ausfluß des Prinzips von Treu und Glauben zu betrachten wäre oder ob, wenn ihm auch nicht ein alle Fälle umspannendes Prinzip zu entnehmen, in den einzelnen Fällen der negativen Interessehaftung doch ein Rechtsschutz gegeben sei, indem mehrere aus dem Prinzip von Treu und Glauben abgeleitete Prinzipien ihren positivrechtlichen Ausdruck gefunden hätten.

*B. Vertrauensschutz als Ausfluß des Prinzips von Treu und Glauben
und als unmittelbare Grundlage der negativen Interessehaftung*

Unser Recht hat nicht nur in jenen Fällen, in denen unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben ein Rechtsanspruch gegeben sein sollte, eine Haftung statuiert, sondern es hat für jene Fälle, in denen sich die Frage der negativen Interessehaftung stellt, einen Vertrauensschutz gewährt, indem es ein Prinzip aufgestellt hat. Dieser Vertrauensschutz ist eine Ausstrahlung des Vertrauensprinzips; dieses seinerseits stellt einen Ausfluß des Prinzips von Treu und Glauben dar.

Dieses Prinzip des Vertrauensschutzes bezieht sich aber nur auf berechtigtes Vertrauen. Inwieweit nun dieses berechtigt ist, das ist positivrechtlich geregelt. Dieses Prinzip ermöglicht, für sich genommen, so wenig wie das Prinzip von Treu und Glauben eine scharfe Ziehung der Grenzlinie. Mit der Antwort auf die Frage, inwieweit das Vertrauen als berechtigt und damit als schützenswert erachtet wird, ist auch die Frage nach dem Umfang des möglichen Vertrauensschutzes beantwortet; denn

dieser deckt sich mit der Anerkennung des Vertrauens als berechtigtes. Lautete die ursprüngliche Fragestellung, ob und inwieweit in einem bestimmten Recht die negative Interessehaftung anerkannt werde, so stellt sich für unser Recht, da es auf dem Boden des Vertrauensprinzips steht, die Frage darnach, ob und inwieweit das Vertrauen als berechtigt erachtet werde. Wenn nun auch die Verpflichtung zum Schadenersatz wegen Erweckung und Täuschung des Vertrauens in die Gültigkeit eines unwirksamen Vertrages, bzw. in das Zustandegekommensein eines nicht zustande gekommenen Vertrages bei den verschiedenen Arten der Unwirksamkeit, bzw. des Nichtzustandegekommenseins an verschiedene Voraussetzungen geknüpft sein sollte, so änderte das doch daran nichts, daß der Schutz des berechtigten Vertrauens die Grundlage der negativen Interessehaftung, das haftungsbegründende Moment, ist.

II. Positivrechtliche Auswirkungen

Eine im vornherein gesetzte Schranke des Vertrauensschutzes ist die, daß immer nur ein solches Vertrauen berechtigt sein kann, das auf die Wirksamkeit, bzw. das Zustandegekommensein eines solchen Vertrages gerichtet ist, an dem der Vertrauende als Vertragspartner, bzw. als vermeintlicher Vertragspartner beteiligt ist. Freilich verpflichtet die Erweckung und Täuschung des Vertrauens irgendeiner, nicht etwa einer bestimmten Person⁶³ zum Schadenersatz, aber dieses Vertrauen

⁶³ Anders im deutschen Recht, wo die negative Interessehaftung nicht an die Vertrauenserweckung und -täuschung anknüpft, einerseits weil nach deutschem Recht bei der Frage des schädigenden Verhaltens von der Voraussetzung des erweckten Vertrauens ausgegangen werden muß, so daß lediglich Vertrauenstäuschung, und zwar einer bestimmten Person gegenüber, erfolgt und anderseits weil diese Vertrauenstäuschung erst die Folge der Verletzung einer solchen Pflicht darstellt, die einer vertraglichen ähnlich ist (vgl. vorn § 7/II/A/2).

muß sich auf einen Vertrag beziehen, an dem der Betreffende unmittelbar beteiligt ist. Dieses beabsichtigte Vertragsverhältnis ist aber nicht das entscheidende Moment für die Frage, ob ein widerrechtliches Verhalten oder eine Vertragsverletzung gegeben sei⁶⁴.

A. Anerkennung des Vertrauens als ein berechtigtes und Schutz dieses Vertrauens

Durch das Vertrauen auf den äußeren Schein eines Vertrages, bzw. eines scheinbaren Vertrages kann Schaden entstehen. Dieses Vertrauen erachtet unser Recht grundsätzlich als berechtigt, d. h. es schützt es, sofern die in concreto erforderlichen Voraussetzungen gegeben sind, so vor allem die Gutgläubigkeit. Damit ist ein Recht darauf gegeben worden, in seinem Vertrauen in die Wirksamkeit, bzw. in das Zustandekommensein des Vertrages nicht getäuscht zu werden, und die Erweckung und Täuschung dieses Vertrauens als Widerrechtlichkeit qualifiziert worden. Wir können allerdings nicht die Täuschung an sich als widerrechtlich betrachten. So kann z. B. nicht die Anfechtung widerrechtlich sein; das wäre schon deshalb nicht möglich, weil sie die Ausübung eines Rechtes bedeutet. Wäre die Vertrauens Täuschung an sich widerrechtlich, so müßte doch das Erfüllungsinteresse ersetzt werden; denn in diesem Fall wäre das Vertrauen in die Wirksamkeit usw. des Vertrages in dem Sinne getäuscht, daß die Unwirksamkeit usw. selbst durch den Täuschenden verursacht wäre. Andererseits ist auch die Erweckung des Vertrauens an sich nicht widerrechtlich. Widerrechtlich ist ein solches Verhalten, welches das Vertrauen einer Vertragspartei, bzw. einer scheinbaren Vertragspartei in die Wirksamkeit, bzw. in das Zustandekommensein des Vertrages erweckt und getäuscht hat. Maßgebend kann demnach nicht die Täuschung an sich sein, sondern nur diese im Zusammenhang mit der Erweckung des Vertrauens.

⁶⁴ vgl. hinten § 8/II/B/2.

So ist z. B. die Anfechtung nur ein Glied im Kausalverlauf des rechtswidrigen Verhaltens⁶⁵. Andererseits ist aber das Vorhandensein dieser Widerrechtlichkeit unabhängig vom Eintritt eines Schadens: widerrechtlich ist nicht erst die Schädigung infolge der Vertrauenserweckung und -täuschung.

Diese Widerrechtlichkeit ist auch nicht nur auf seiten desjenigen möglich, der den Vertrag anfechtet; denn widerrechtlich ist ja die Vertrauenserweckung und -täuschung, die immer dann möglich ist, wenn der Vertrag unwirksam ist.

Unser Recht nimmt also gegenüber diesem, gegebenenfalls schädigenden Verhalten eine mißbilligende Stellung ein. Entscheidend muß daher für die Stellungnahme unserer Rechtsordnung zum Problem der negativen Interessehaftung überhaupt das Moment sein, daß das Vertrauen in die Wirksamkeit, bzw. in das Zustandekommensein des Vertrages erweckt und getäuscht wird, und nicht welches der Grund der Unwirksamkeit, bzw. des Nichtzustandekommenseins ist. Auch wenn dieses Vertrauen nur in wenigen Bestimmungen ausdrücklich geschützt wird, so will anderseits der Gesetzgeber in der ausdrücklichen Statuierung der Schadenersatzpflicht das mißbilligende Urteil über das betreffende Verhalten allgemein zum Ausdruck bringen.

Ein Vergleich mit dem B G B zeigt uns, daß zwar auch hier der Vertrauensschutz erreicht werden wollte und auch erreicht wurde^{66 67}, daß dieser Gedanke aber doch nicht in jenem Maße zur Bedeutung und damit zur Klärung gelangt ist, daß in jener Vertrauenserweckung und -täuschung ein vom Recht zu mißbilligendes Verhalten gesehen worden wäre, d. h. ein Verhalten, welches als Verletzung eines Rechtes, als widerrechtliches Verhalten, gegolten hätte. Weil nun in unserem Recht der Vertrauensschutz nicht nur das Ergebnis, sondern das Leitmotiv der negativen Interessehaftung ist, so bedeutet er nicht nur Schutz einer Partei gegenüber einer bestimmten Gegenpartei,

⁶⁵ vgl. Scherrer 29.

⁶⁶ vgl. vorn § 7/II/A/2.

⁶⁷ Das BGB umschreibt das negative Interesse als den Schaden, der dadurch entstanden ist, „daß der andere auf die Gültigkeit des Vertrages vertraut hat“ (vgl. BGB 307).

sondern Schutz eines jeden vor dieser Vertrauensерweckung und -täuschung seitens irgendeiner Person. Die Beziehungen zwischen diesen Beteiligten werden dann zwar vertragsähnlich, aber diese Vertragsähnlichkeit wirkt sich hinsichtlich der Natur der negativen Interessehaftung nicht aus⁶⁸.

Wenn nun auch sowohl die Rechtssprechung wie die Literatur in der Anerkennung der Schadenersatzpflicht wegen dieser Vertrauensерweckung und -täuschung vorwärts schreiten⁶⁹, indem sie über die Fälle hinausgehen, auf die die betreffenden Rechtssätze unmittelbar zugeschnitten sind, so anerkennen sie dabei doch nicht, daß es nicht darauf ankommt, ob der Vertrag an diesem oder jenem Mangel leidet. Immerhin besteht darin ein Fortschritt, daß das Bundesgericht verschiedentlich entschieden hat, daß ein Kontrahent, dem die Unkenntnis der Unmöglichkeit oder Widerrechtlichkeit der Leistung als Fahrlässigkeit angerechnet werden müsse, für das negative Interesse hafte, sofern die Gegenpartei gutgläubig sei⁷⁰.

Unter dem negativen Interesse will ich in den folgenden Ausführungen denjenigen Schaden verstehen, der mit der Erweckung und Täuschung eines **berechtigten Vertrauens** im Kausalzusammenhang steht.

1. Schutz des Vertrauens in die Wirksamkeit des Vertrages

Der Vertrag ist zwar zustande gekommen, aber er ist unwirksam. Dabei müssen wir wieder zwei Situationen auseinanderhalten: der Vertrag kann einseitig unverbindlich oder nichtig sein.

a. Relative Nichtigkeit (Einseitige Unverbindlichkeit)

Die Möglichkeit der Berufung auf Irrtum bedeutet eine Durchbrechung des Vertrauensprinzips⁷¹. Eine gewisse

⁶⁸ vgl. hinten § 8/II/B.

⁶⁹ Allerdings nicht in der Erkenntnis, daß diese Vertrauensерweckung und -täuschung das haftungsbegründende Moment ist.

⁷⁰ BGE 36 II 203; 40 II 372; 45 II 553.

⁷¹ vgl. Simonius: Ueber die Bedeutung des Vertrauensprinzips in der Vertragslehre, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 15 (Basel 1942) S. 263 ff., insbesondere 278—281.

Korrektur bildet nun die Pflicht des Anfechtenden⁷² zum Ersatz des negativen Interesses gemäß OR 26 (alt OR 23), der das Vertrauen in die Wirksamkeit des Vertrages schützt⁷³. Diese Bestimmung steht also auf dem Boden des Vertrauensprinzips. Sie mißbilligt die Vertrauenserweckung und -täuschung. Sie drückt die Widerrechtlichkeit dieses Verhaltens aus. Erst sie ermöglicht die Anwendung von OR 41 (alt OR 50); denn es gibt kein Recht auf Abschluß eines wirksamen Vertrages. Das Bundesgericht⁷⁴ führte z. B. zwar mit Recht die negative Interessehaftung auf OR 41 zurück, aber indem es das Bestehen der Widerrechtlichkeit im Sinne der Verletzung einer allgemeinen Rechtspflicht ohne weiteres annahm⁷⁵.

Von einer Entschädigung im Sinne des negativen Interesseersatzes spricht, wenn auch nicht ausdrücklich, auch OR 29/II⁷⁶. Der Vertrag ist auch hier zwar zustande gekommen, aber er kann unwirksam werden. Aus diesem Grunde kann auch hier das Vertrauen in die Gültigkeit des Vertrages erweckt und getäuscht sein. Dieses Vertrauen wird nun in der genannten Bestimmung geschützt. Aber das in OR 26 ausgesprochene Prinzip ermöglicht es, daß ein Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses auch dann gegeben ist, wenn die Widerrechtlichkeit der Vertrauenserweckung und -täuschung nicht besonders ausgedrückt ist, so daß nicht nur in allen anderen Fällen der Unwirksamkeit des Vertrages (also nicht bloß in den in OR 26 vorgesehenen), sondern z. B. auch in dem Fall ein Anspruch auf negativen Interesseersatz gegeben sein muß, wo den Gegen-

⁷² Ueber die Diskrepanz zwischen OR 23 und OR 31/I: vgl. hinten S. 151 N. 115. Auf alle Fälle spreche ich aus praktischen Gründen immer von der Anfechtung und vom Anfechtenden. Ob man die Berufung auf den Mangel als Anfechtung oder als bloß formlose Erklärung bezeichnet, immer muß jedenfalls der Mangel durch die betreffende Partei geltend gemacht werden, soll der Vertrag keine Wirkungen haben.

⁷³ Diese Regelung erscheint mir als das Ergebnis einer durchaus gerechten Interessenabwägung; daher verneine ich die Frage, ob das Vertrauen nicht in dem Sinne geschützt werden sollte, daß eine Berufung auf Irrtum überhaupt nicht zugelassen wäre.

⁷⁴ vgl. BGE 41 II 375, 377.

⁷⁵ Ebenso Tuhr: Ueber die Mängel des Vertragsabschlusses nach schweizerischem Obligationenrecht, ZSR 16 (1897) S. 18.

⁷⁶ vgl. hinten § 9/I/A/1/b.

kontrahenten des Irrenden Fahrlässigkeit zur Last fällt, vorausgesetzt, daß der Anfechtende selbst gutgläubig ist.

b. Nichtigkeit

OR 26 will also das Vertrauen in die Wirksamkeit des Vertrages schlechweg schützen, in der Erweckung und Täuschung des Vertrauens in die Wirksamkeit eines abgeschlossenen, äußerlich zustande gekommenen Vertrages schlechthin eine Widerrechtlichkeit erblicken. Aus diesem Grunde ist es gleichgültig, ob der Vertrag relativ nichtig oder nichtig ist. So oder so ist durch die Verletzung einer vorvertraglichen Pflicht⁷⁷ das Vertrauen, und zwar dasselbe Vertrauen der Gegenpartei erweckt und getäuscht worden. Das Verhalten und seine Wirkungen sind in beiden Fällen dieselben. Es leuchtet nicht ein, warum das Bundesgericht im genannten Entscheid⁷⁸ die Schadenersatzpflicht auf den Fall des Abschlusses eines wegen unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalts nichtigen Vertrages beschränkt; denn jene Widerrechtlichkeit ist ja unbekümmert darum gegeben, ob nun der Vertrag an einem Irrtum, an einem Formmangel oder an einer Unmöglichkeit usw. der Leistung leidet.

Der Grund der Mißbilligung durch das Recht, d. h. der Grund der Widerrechtlichkeit ist die soziale Schädlichkeit, der Unwert der Handlung, der in all den genannten Fällen derselbe ist. Aber immer liegt dieser Grund in der Vertrauenserweckung und -täuschung und nicht im Abschluß eines unwirksamen Vertrages⁷⁹. Liegt ein Verschulden vor, so ist der Abschluß des unwirksamen Vertrages jedenfalls nicht unmittelbar schuldhaft, sondern die Vertrauenserweckung und -täuschung. Sobald das Vertrauen in einem weiteren Umfang anerkannt und geschützt wird als nur hinsichtlich der Wirksamkeit des Vertrages, so zeigt sich deutlich, daß die Vertrauenserweckung und -täuschung maßgebend ist: Das gilt für den Fall der Erweckung und Täuschung des Vertrauens darauf, daß der Vertrag, der

⁷⁷ Verletzung einer Sorgfaltspflicht: vgl. hinten § 12/I/C/2.

⁷⁸ vgl. BGE 41 II 375, 377.

⁷⁹ a. M. Scherrer 30 ff.

in Wirklichkeit nicht besteht, abgeschlossen worden sei. Der Vertrag ist nicht nur nicht wirksam, sondern er ist nicht einmal äußerlich zustande gekommen. Aber noch unter einem weiteren Gesichtspunkt kann die Widerrechtlichkeit nicht im Abschluß eines unwirksamen Vertrages liegen: Wenn den Ersatzpflichtigen hinsichtlich des Irrtums ein Verschulden trifft, dann hat er wohl schuldhaft jenes Vertrauen erweckt und getäuscht, dagegen läßt sich nicht sagen, er habe schuldhaft einen unwirksamen Vertrag abgeschlossen: das Verschulden am Irrtum kann man doch nicht auf den Abschluß des unwirksamen Vertrages übertragen⁸⁰.

2. Schutz des Vertrauens darauf, daß der Vertrag zustande gekommen sei

Wir haben festgestellt, daß unser Recht das Vertrauen in die Wirksamkeit des Vertrages grundsätzlich als berechtigt erachtet und daher schützt und daß die Anerkennung dieses Vertrauens Ausfluß des Vertrauensprinzips ist. Nur soweit, als es diesem Prinzip in einer positivrechtlichen Regelung Ausdruck gegeben hat, gewährt es diesen Vertrauensschutz. Es stellt sich somit die Frage, ob unser Recht dem gutgläubig Vertrauenden dann den Schutz versagen würde, wenn der Vertrag nicht nur nicht wirksam, sondern überhaupt nicht zustande gekommen, wenn der Konsens nicht gegeben ist und ihm dieser Schutz nicht ausdrücklich gewährt wäre, oder anders ausgedrückt: es fragt sich, ob unser Recht das Vertrauen darauf, daß der Vertrag zustande gekommen sei, dann nicht als grundsätzlich berechtigt erachtete, wenn es hierüber keine Bestimmungen aufgestellt hätte⁸¹. Freilich ist auch in diesem Fall das Vertrauen in die Wirksamkeit des Vertrages erweckt und getäuscht. Aber OR 26 hat nur das Vertrauen in die Wirksamkeit des Vertrages bei dessen Zustandegekommensein im Auge. Aus der Tatsache der Berechtigung des Vertrauens in die Wirk-

⁸⁰ In diesem Zusammenhang handelt es sich nur darum, die Richtungen, in denen das Prinzip des Vertrauensschutzes positivrechtlich ausstrahlt, aufzuzeigen, dagegen nicht darum, ihre Grenzen abzustecken.

⁸¹ Das Kriterium dafür, ob ein Vertrag nichtig oder überhaupt nicht zustande gekommen ist, ist der Konsens. Der nichtige Vertrag gilt nur als nicht zustande gekommen. Dieser Unterschied wird aktuell hinsichtlich der Frage des Vertrauensschutzes.

samkeit des Vertrages läßt sich aber nicht ohne weiteres die grundsätzliche Berechtigung des Vertrauens darauf, daß der Vertrag zustande gekommen sei, ableiten.

Gewiß bestünde bei vorausgesetzter Anerkennung der fraglichen Berechtigung ein gewisser Gradunterschied hinsichtlich der Intensität der Vertrauensberechtigung. Aber gerade der Umstand, daß es sich nur um einen Gradunterschied handeln kann, führte wohl dazu, daß bei der Prüfung der Berechtigung des Vertrauens in concreto im einen Fall ein strengerer Maßstab angelegt werden müßte als im anderen; dagegen kann er sich nicht in dem Sinne auswirken, daß im einen Fall die Berechtigung des Vertrauens grundsätzlich anerkannt wird, im anderen dagegen nicht. Das letztere könnte wohl nur dann der Fall sein, wenn dieser Unterschied so enorm wäre, daß er sich wie ein Unterschied in der Art auswirkte. Dem ist nun aber nicht so; denn ob nun darauf vertraut wird, daß der zustande gekommene oder darauf, daß der in Wirklichkeit nicht zustande gekommene Vertrag wirksam sei, immer kann die Entscheidung nur von den konkreten Umständen abhängen und nur insofern, in der Strenge ihrer Würdigung, verschieden sein, nicht aber in der grundsätzlichen Anerkennung des Vertrauens als berechtigtes, so daß grundsätzlich auch das Vertrauen darauf, daß der Vertrag zustande gekommen sei, berechtigt sein muß. Es könnte positivrechtlich geschützt werden, indem aus OR 26 die Berechtigung des Vertrauens in die Wirksamkeit des Vertrages schlechthin abgeleitet würde, es also nicht darauf ankäme, ob äußerlich der Vertrag zustande gekommen wäre oder nicht^{82 83}.

Nun finden wir aber eine ausdrückliche Normierung der negativen Interessehaftung für den Fall des Vertrauens darauf, daß der Vertrag zustande gekommen sei, in rev. OR 39 (alt OR 48), 36/II (alt OR 43/II), alt OR 5/II⁸⁴, ZGB 411/II (alt OR 33/III). Bei der Behandlung des Rechtsbestandes der negativen

⁸² Anders verhält es sich dagegen mit dem Vertrauen darauf, daß der Vertrag zustande kommen werde: vgl. hinten: § 12/I/A.

⁸³ Aus OR 26 würde somit die Berechtigung jedes Vertrauens, das auf den Bestand oder die Wirksamkeit des Vertrages Bezug hat, abgeleitet.

⁸⁴ Im rev. OR geht dieser Vertrauensschutz noch weiter, indem es in Art. 5/III Gültigkeit des Vertrages bestimmt.

Interessehaftung im alten OR und im revidierten OR werde ich die Gründe dafür anführen, daß trotz des in OR 26 ausgesprochenen Prinzips diese weiteren Bestimmungen aufgestellt wurden⁸⁵.

Es besteht nicht etwa schlechtweg ein vorvertragliches Schuldverhältnis, sondern die Anerkennung des Vertrauens als berechtigtes und dessen Schutz sind maßgebend für die negative Interessehaftung: Nur im Rahmen dieser Anerkennung und dieses Schutzes besteht ein vorvertragliches Verhältnis gegenseitiger Sorgfaltspflichten, und zwar solcher Pflichten, deren Verletzung die Erweckung und Täuschung des Vertrauens bedeuten kann⁸⁶.

Der negative Interesseersatz braucht nicht der Ersatz desjenigen Schadens zu sein, der dadurch entstanden ist, daß vom Vertrag überhaupt die Rede gewesen ist. Das ist nur dann der Fall, wenn das Vertrauen hinsichtlich des ganzen Schadens berechtigt war. Vor allem dürfen keine Aufwendungen vor dem Zustandekommen, bzw. dem vermeintlichen Zustandekommen des Vertrages gemacht worden sein; denn das Vertrauen in das Zustandekommen des Vertrages wird durch unser Recht nicht als berechtigt erachtet.

B. Natur und Grund der negativen Interessehaftung

1. Kritik der Theorien

a. Die Deliktstheorien

Literatur wie Rechtssprechung traten überwiegend dafür ein, daß OR 26 (alt OR 23) ein Anwendungsfall von OR 41 (alt OR 50) sei⁸⁷. Sollte dieser Nachweis gelingen, so wäre

⁸⁵ vgl. hinten § 9/I/A.

⁸⁶ a. M. Herz 43 ff.

⁸⁷ vgl. Scherrer 26 ff.; Herz 25 ff.; Kron 64; Melliger 62 ff.; Simonius 232; Burckhardt: Die Revision des Schweizerischen Obligationenrechts in Hinsicht auf das Schadensersatzrecht, ZSR 22 (1903) S. 498; Oser Art. 26 N 15, Art. 39 N 7; Tuhr: Ueber die Mängel des Vertragsabschlusses nach schweizerischem Obligationenrecht, ZSR 16 (1897) S. 17 ff.; BGE 41 II 375; 49 II 64; Urteil des Aargauischen Obergerichts, SJZ 25 (1928/29) S. 330.

auch die Natur des Anspruchs aus OR 39 (alt OR 48) klar-
gestellt; denn wenn der dieser Norm zugrunde liegende Tat-
bestand ein widerrechtliches Verhalten darstellte, dann müßte
die Natur der Haftung des falsus procurator als quasideliktisch
betrachtet werden.

Da OR 41 Widerrechtlichkeit eines Verhaltens voraussetzt,
so muß, wenn die negative Interessehaftung als Deliktshaftung
nachgewiesen werden soll, vorerst die Widerrechtlichkeit fest-
gestellt werden. Es gibt nun aber kein Recht auf Abschluß eines
wirksamen Vertrages, bzw. das Recht auf Abschluß eines Ver-
trages. Auch die Regelung der negativen Interessehaftung
drückt nicht die Widerrechtlichkeit des Abschlusses eines un-
wirksamen Vertrages aus; denn es gibt ja Fälle, in denen das
negative Interesse zu ersetzen ist, ohne daß ein unwirksamer
Vertrag überhaupt abgeschlossen worden ist⁸⁸. Eine solche all-
gemeine Pflicht, wie sie Tuhr⁸⁹ und andere annehmen, kann
nicht als Rechtspflicht qualifiziert werden. Sie leitet sich wohl
aus Treu und Glauben ab, Treu und Glauben sollen aber nur
jeder Rechtsnorm zugrunde liegen, sie sollen das die Normen
begründende Motiv sein; sie sind aber nicht das Recht selbst⁹⁰.
Die Kritik der Deliktstheorien^{91 92} besteht aber vor allem in
folgenden Einwänden:

1) Die Deliktsnatur der negativen Interessehaftung wurde vor
allem mit der Begründung verneint, daß der Abschluß eines
unwirksamen Vertrages keine widerrechtliche Handlung sein
könne; denn wenn der Abschluß eines nichtigen Vertrages eine
widerrechtliche Handlung wäre und damit bei Verschulden eines
Kontrahenten ein Delikt gemäß OR 41 gegeben wäre, so müßte
auch die fahrläßige Erregung eines Irrtums zum Schadenersatz
verpflichten. OR 26 bestimme aber nur eine Ersatzpflicht des
irrenden, nicht auch des in Irrtum führenden Teils⁹³. Ob posi-
tivrechtlich auch die letztere Partei schadenersatzpflichtig wer-

⁸⁸ vgl. vorn § 8/II/A/1/b.

⁸⁹ vgl. Tuhr a. a. O. 18.

⁹⁰ vgl. vorn § 5/II/B.

⁹¹ vgl. Herz 28 ff.; Rabel 323 ff.; Becker Art. 26 N 1, Art. 39 N 5;
BGE 15, 451; 58 II 430.

⁹² Unentschiedene Stellungnahme des Bundesgerichts: BGE 61 II 257.

⁹³ vgl. Rabel 318; Scherrer 26.

den könne oder ob die negative Interessehaftung auf den Irrenden beschränkt sei, das hängt ja gerade davon ab, ob der Abschluß eines unwirksamen Vertrages eine widerrechtliche Handlung sei oder nicht. Es wird also das zu Beweisende zu dessen Beweis verwendet. So fällt Rabel⁹⁴ in einen *circulus vitiosus*⁹⁵, indem er die Regelung des Art. 26 deshalb einschränkend interpretiert, weil er von der nichtdeliktischen Natur der negativen Interessehaftung ausgeht. Aus dem Umstand, daß Art. 26 nur den Irrenden ausdrücklich schadenersatzpflichtig macht, darf also nicht geschlossen werden, daß die Haftung nicht deliktischer Natur sei.

2) Gegen die Auffassung von der deliktischen Natur der negativen Interessehaftung wurde auch eingewendet, daß, davon ausgegangen, daß die Widerrechtlichkeit des in Art 26 sanktionierten Verhaltens feststünde, alle Gesetzesstellen, in denen der Ersatz des negativen Interesses vorgesehen ist, überflüssig wären, weil sich diese Haftung bereits aus OR 41 ableiten ließe. Abgesehen davon, daß weder OR 26 noch ZGB 411/II⁹⁶ überflüssig wären, weil das Gesetz mit Vorteil besonders wichtige Folgerungen aus einem Grundsatz am geeigneten Ort hervorhebt⁹⁷, so ist damit noch gar nicht zu der Frage Stellung genommen, ob mit der Statuierung der negativen Interessehaftung nicht gerade die Widerrechtlichkeit des betreffenden Verhaltens, dessen Mißbilligung, ausgedrückt werde.

3) Ein weiterer Einwand stützt sich auf den Umstand, daß der Ersatz des negativen Interesses im Maximum die Höhe des positiven Interesseersatzes erreichen könne, während doch das negative Interesse ohne Rücksicht auf die Höhe des positiven ersetzt werden müßte, falls es sich um eine Deliktshaftung handelte⁹⁸. In der Tat ist jene Beschränkung für den Fall von *dolus* zu verneinen, und dabei handelt es sich zweifellos um eine Deliktshaftung. Trotzdem ist jener Einwand nicht richtig; denn nicht das negative Interesse, also nicht der in Frage ste-

⁹⁴ vgl. Rabel 318.

⁹⁵ vgl. Scherrer 27.

⁹⁶ Mit Rücksicht auf ZGB 19/III.

⁹⁷ vgl. Tuhr a. a. O. 18; Scherrer 27.

⁹⁸ vgl. Rabel 326.

hende Schaden, ist gegebenenfalls auf die Höhe des positiven Interesseersatzes beschränkt, sondern der Ersatz des negativen Interesses. Es ist durchaus möglich, daß der auf Grund des adäquaten Kausalzusammenhangs festgestellte Schaden das positive Interesse übersteigt, daß dann aber Billigkeitserwägungen die Beschränkung auf die Höhe des positiven Interesseersatzes zur Folge haben⁹⁹. Andererseits scheinen mir auch die Argumente Scherrers¹⁰⁰ gegen jenen Einwand unzutreffend zu sein; denn nicht der Schaden wird auf Grund von Billigkeitserwägungen bestimmt, sondern dessen Ersatz. Die Schwere der Widerrechtlichkeit und des Verschuldens, die er anführt, finden nicht bei der Schadensbestimmung Berücksichtigung, sondern allein bei Beantwortung der Frage nach dem Ersatz des als adäquat festgestellten Schadens. Der auf Grund dieses Kausalzusammenhangs festgestellte Schaden braucht nicht gleich dem zu ersetzenden Schaden zu sein. Wenn also eine Beschränkung des negativen Interesseersatzes auf die Höhe des positiven vorgenommen wird, so ist sie nicht die Folge des adäquaten Kausalzusammenhangs, sondern man geht im Gegenteil davon aus, daß das negative Interesse als adäquater Schaden das positive übersteigt, indem überhaupt nur der adäquate Schaden für die Frage des Schadenersatzes in Betracht fällt.

4) Zweifellos liegt auch darin kein Argument gegen die Deliktsnatur der negativen Interessehaftung, daß im Falle von Irrtum erst die Anfechtung, im Falle des falsus procurator die Nichtgenehmigung die Situation klärt. Wenn auch zuzugeben ist, daß die Ersatzpflicht die unmittelbare Folge der Anfechtung, bzw. der Nichtgenehmigung ist, so ist jene doch nicht denkbar ohne den Irrtum, diese nicht ohne den Abschluß eines „Vertrages“¹⁰¹, dessen Genehmigung nicht erfolgt. Daher ist es meines Erachtens nicht richtig, wenn Tuhr¹⁰² sagt, daß die Pflicht zum Ersatz des negativen Interesses im Falle des Irrtums nicht die Folge dieses Mangels, sondern das Korrelat der Anfechtung sei,

⁹⁹ vgl. hinten § 10/II/C.

¹⁰⁰ vgl. Scherrer 27/28.

¹⁰¹ Der Vertrag kommt eben nicht zustande.

¹⁰² vgl. Tuhr: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, II 594; a. a. O. ZSR 16 (1897) S. 24.

wie auch der Schaden nicht durch den Irrtum, sondern durch die Anfechtung verursacht sei. Die Anfechtung ist doch nur ein Glied im Kausalverlauf vom schädigenden Verhalten zum Schaden¹⁰³. Die Natur des Anspruchs kann aber nicht von einem solch äußeren, zufälligen Umstand abhängen. Aus dem Umstand, daß die Anfechtung, bzw. die Nichtgenehmigung den Schaden und damit die Schadenersatzpflicht auslöst, kann daher nicht geschlossen werden, daß die negative Interesseshaftung die Folge einer erlaubten Handlung sei und daher nicht deliktischer Natur sein könne.

Mit diesen Ausführungen hoffe ich, sowohl die Unrichtigkeit der bestehenden Deliktstheorien wie die deren Kritik dargestellt zu haben.

b. Die Vertragstheorien

In der schweizerischen Literatur ist die Ansicht, daß es sich bei der negativen Interesseshaftung um eine eigentliche Haftung aus Vertrag handle, nirgends ausgesprochen¹⁰⁴.

c. Die Theorien der Haftung aus selbständigen Gründen

Auf die Frage, ob die negative Interesseshaftung in unserem Recht überhaupt als eine Haftung aus selbständigen Gründen zu betrachten sei, werde ich erst im Zusammenhang mit der Lösung des Problems unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes eintreten und hier somit von der Tatsache einer solchen Haftung ausgehen.

aa. Deliktsähnlichkeit.

Ihr einziger Vertreter ist Oser¹⁰⁵, der dieser Haftung aus selbständigen Gründen mehr Aehnlichkeit mit der Delikts- als mit der Vertragshaftung zuschreibt. Gegen seine Theorie ist vor allem einzuwenden, daß sie keine Begründung dafür gibt, sondern sich einfach mit dieser Feststellung begnügt.

¹⁰³ vgl. Scherrer 29.

¹⁰⁴ Ueber diese Theorien in der deutschen Literatur: vgl. vorn § 7/II/A/1/b.

¹⁰⁵ vgl. Oser Art. 39 N 7.

bb. Vertragsähnlichkeit.

Für die Annahme der Vertragsähnlichkeit wurde vor allem geltend gemacht, daß OR 26 und 39 im Abschnitt über die Entstehung der Obligationen durch Vertrag stehen; denn die deliktsähnlichen Schadenersatzverpflichtungen seien im Abschnitt über die Entstehung von Obligationen aus unerlaubter Handlung zu finden. Dieses Argument ist zweifellos nicht stichhaltig. Der Grund, warum der Gesetzgeber die negative Interessehaftung in diesem Abschnitt behandelt, kann sehr wohl darin liegen, daß er im Anschluß an die Rechtssätze über die Vertragsmängel auch die fraglichen Schadenersatzfolgen regeln wollte, indem er dem organischen Aufbau gegenüber dem systematischen den Vorzug gab¹⁰⁶.

Auch das Argument Rabels ist nicht durchschlagend. Er faßt den Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses als ein Residuum des scheiternden Rechtsgeschäftes auf^{107 108}. Oser wendet mit Recht dagegen ein, daß es doch unerklärlich sei, wie von einem Rechtsgeschäft, welches nie bestanden habe, etwas zurückbleiben könne¹⁰⁹. Rabel selbst will aber diese Auffassung nicht im Sinne einer vertraglichen Nebenwirkung des unwirksamen Vertrages ausgelegt wissen. Die negative Interessehaftung soll dagegen unter dem rechtspolitischen Gesichtspunkt die Vertragsfolgen teilweise ersetzen. Das Recht auf Erfüllung aus dem wirksamen Vertrag und das Recht auf Ersatz des negativen Interesses seien daher dem Ziele nach verwandt. Aber nicht nur das. Auch dem Grunde nach seien diese beiden Rechte zueinander insofern parallel, als sie den äußeren Schein eines Rechtsgeschäfts gemeinsam hätten. Rabel kommt damit aber nicht darüber hinweg, daß die Wirkungen aus einem unwirksamen Vertrag¹¹⁰ auch dann nicht vertraglicher Natur sein könnten, wenn sie diejenigen aus dem wirksamen Vertrag wirklich ersetzten, weil eben nicht der unwirksame Vertrag, sondern die Unwirksamkeit des Vertrages diesen Schaden hervorruft

¹⁰⁶ vgl. Scherrer 20/21.

¹⁰⁷ vgl. Rabel 325.

¹⁰⁸ vgl. Schläpfer: Die Ungültigkeit obligatorischer Verträge handlungsfähiger Personen (Diss. Bern 1918) S. 145, 147.

¹⁰⁹ vgl. Oser Art. 39 N 7.

¹¹⁰ Was, streng genommen, eine *contradictio in adiecto* ist.

und dessen Ersatz zur Folge hat, so daß weder jene Verwandtschaft dem Ziele nach noch jene dem äußeren Schein nach auf die Natur der Haftung Einfluß nehmen könnte.

Diesen Widerspruch finden wir auch bei Becker¹¹¹; nur tritt er hier nicht so offen zutage, indem Becker einerseits aus dem Umstand, daß sich der Anspruch aus einem unvollkommenen Vertragstatbestand ableitet, auf die bloße Vertragsähnlichkeit schließt, anderseits dann aber, um die Anwendung der vertraglichen Normen schlechthin zu rechtfertigen, daraus Schlüsse zieht, die mehr als nur Folgerungen aus der Vertragsähnlichkeit sind, indem er sich nicht mit der Anwendung gewisser vertraglicher Normen begnügt, sondern die Voraussetzungen der Entstehung des Anspruchs auf die Vertragsähnlichkeit zurückführen will¹¹².

Tuhr hat in seiner späteren Stellungnahme auch für das schweizerische Recht die Vertragsähnlichkeit der negativen Interessehaftung bejaht^{113 114}. Ist nun aber, in Uebereinstimmung mit der Theorie Tuhrs¹¹⁵, im deutschen Recht die Nichterfüllung einer gesetzlichen Pflicht gegenüber einem bestimmten Gegner der unmittelbare Grund der negativen Interessehaftung, so daß gewisse vertragliche Normen angewendet werden müssen¹¹⁶, so trifft das nicht zu für das schweizerische Recht. Bei der Betrachtung der Lösung des Problems unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes werden wir sehen, daß der Grund der negativen Interessehaftung in der Erweckung und Täuschung eines berechtigten Vertrauens liegt und somit das zum Ersatz verpflichtende Verhalten nicht gegen eine bestimmte, sondern gegen jede Person gerichtet sein kann^{117 118}.

¹¹¹ vgl. Becker Art. 26 N 1 & 3.

¹¹² vgl. Scherrer 22/23.

¹¹³ Frühere Stellungnahme: vgl. Tuhr: Ueber die Mängel des Vertragsabschlusses nach schweizerischem Obligationenrecht, ZSR 16 (1897) S. 18.

¹¹⁴ Spätere Stellungnahme: vgl. Tuhr I 282/283.

¹¹⁵ vgl. Tuhr: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, II 490.

¹¹⁶ vgl. vorn § 7/II/A/2.

¹¹⁷ vgl. hinten § 8/II/B/2.

¹¹⁸ a. M. auch Scherrer 24/25, obwohl er doch die Deliktsnatur der negativen Interessehaftung bejaht, indem er die Widerrechtlichkeit im Abschluß eines unwirksamen Vertrages erblickt (vgl. 30 ff.).

2. Lösung des Problems unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes

a. Ergebnis

Es ist davon auszugehen, daß das negative Interesse durch das Vertrauen auf den äußeren Schein des Vertragsabschlusses entstehen kann, d. h. dadurch, daß eine Partei glaubt, rechtlich gebunden zu sein und darnach ihr Tun und Lassen richtet. Unser Recht verhält sich nun mißbilligend zur Erweckung und Täuschung dieses Vertrauens, ob der Vertrag nichtig sei oder nachträglich dahinfalle oder ob er überhaupt nicht zustande gekommen sei. Entscheidend ist, daß, nicht aber aus welchem Grunde das Vertrauen in die Wirksamkeit, bzw. in das Zustandegekommensein des Vertrages erweckt und getäuscht worden ist. Nur in vereinzelten Fällen ist aber das mißbilligende Urteil des Gesetzgebers über das schädigende Verhalten ausgedrückt.

Nach Scherrer besteht nun dieses mißbilligte Verhalten im Abschluß eines unwirksamen Vertrages¹¹⁹. Wenn er mit dieser Auffassung auch weitgehend den tatsächlichen Verhältnissen gerecht wird¹²⁰, so trifft er damit doch nicht das Wesen der negativen Interessehaftung unseres Rechts. Der den Bestimmungen über die negative Interessehaftung zugrunde liegende Gedanke ist der des Vertrauensschutzes. Die grundlegende Bestimmung¹²¹ dieses Vertrauensschutzes ist Art. 26, der das Vertrauen in die Wirksamkeit des Vertrages schützt; dieses Vertrauen wird damit als grundsätzlich berechtigt betrachtet, die Erweckung und Täuschung dieses Vertrauens mißbilligt: darin liegt also eine Widerrechtlichkeit. In gleicher Weise ist die Widerrechtlichkeit der Erweckung und Täuschung des Vertrauens darauf, daß der Vertrag zustande gekommen sei, positivrechtlich ausgedrückt worden, nämlich in rev. OR 39 (alt OR 48), 36/II (alt OR 43/II), alt OR 5/II, ZGB 411/II (alt OR 33/III).

¹¹⁹ vgl. Scherrer 30 ff.

¹²⁰ Es gibt aber Fälle, in denen auch ein solches Verhalten zum negativen Interesseersatz verpflichtet, das nicht als Abschluß eines unwirksamen Vertrages betrachtet werden kann: die Fälle, in denen das Vertrauen darauf geschützt ist, daß der Vertrag zustande gekommen sei (vgl. hinten § 9/I/A/2).

¹²¹ vgl. vorn § 8/II/A/2.

Das zum Ersatz des negativen Interesses verpflichtende Verhalten bedeutet also die Verletzung einer gegenüber jedermann bestehenden Pflicht, nämlich der Pflicht, niemandes Vertrauen zu erwecken und zu täuschen. Sie besteht, bevor irgendein Inbeziehungtreten zweier Parteien erfolgt¹²². Diese Widerrechtlichkeit verpflichtet grundsätzlich nur bei Verschulden zum Ersatz des negativen Interesses, so daß die negative Interessehaftung als Deliktshaftung erscheint. Eine Ausnahme macht allerdings OR 39, wo vom Verschulden abgesehen wird, so daß es sich hier um eine Haftung aus selbständigen Gründen¹²³ handelt, wobei das Moment der Widerrechtlichkeit die quasi-deliktsche Natur der Haftung des falsus procurator bewirkt. Eine solche Haftung findet sich auch in rev. OR 29/II und alt OR 5/II¹²⁴. Es handelt sich hier also nicht um eine Haftung aus selbständigen Gründen, wie wir sie im BGB kennengelernt haben, wo die negative Interessehaftung überhaupt weder rein delikts- noch rein vertragsähnlich ist, sondern eine systematische Mittelstellung zwischen Vertrag und Delikt einnimmt¹²⁵.

Diesen Umständen ist einerseits zu entnehmen, daß die negative Interessehaftung grundsätzlich als Deliktshaftung zu betrachten ist, andererseits, daß die Bestimmungen über die negative Interessehaftung keineswegs überflüssig sind, indem sich diese Haftung bereits aus OR 41 ergäbe, abgesehen von der Haftung ohne Verschulden, die sowieso eine besondere Regelung erheischte. Es stellt sich nun die Frage nach dem legislativ-politischen Grund dieser Haftung ohne Verschulden. Scherrer sieht ihn im Fall des falsus procurator darin, daß eine nähere Erkundigung dem Dritten deshalb nicht zugemutet werden dürfe, weil es in den meisten Fällen vom Vertreter als eine unhöfliche Mißtrauensbekundung empfunden würde. Aus diesem Grunde dürfe man dem Dritten keinen Vorwurf daraus machen, daß er dem Verhalten des falsus procurator Vertrauen geschenkt, daß er auf das Vorhandensein einer Vollmacht vertraut hat. Darum sei eine gesetzliche Garantie des falsus procu-

¹²² vgl. hinten § 9/I/A/1, 2; a. M. Herz 28.

¹²³ Die Widerrechtlichkeit ist aber das haftungsbegründende Moment.

¹²⁴ vgl. hinten § 9/I/A/1/b und § 9/I/A/2/a/bb.

¹²⁵ vgl. vorn § 7/II/A/2.

rator für die Wahrheit seines Wortes gerechtfertigt¹²⁶. Für den Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses ist aber Gutgläubigkeit Voraussetzung, d. h. es darf auch nicht so sein, daß die Schadenersatz beanspruchende Partei sich hätte erkundigen müssen, sich aber nicht erkundigt hat. Wenn also an sich eine Erkundigungspflicht bestünde, der Gesetzgeber aber mit Rücksicht darauf, daß die betreffende Erkundigung als Unhöflichkeit empfunden werden müßte, die den Schadenersatzanspruch geltend machende Partei davon entbinden würde, so würde er damit nur das erreichen, daß dieser gutgläubig wäre, auch wenn er an sich hätte erfahren können, daß der scheinbare Stellvertreter keine Vollmacht hatte. Dagegen kann die Entbindung von der Erkundigungspflicht nicht zur Folge haben, daß der falsus procurator ohne Rücksicht auf Verschulden haften soll. Nicht nur im Falle von OR 39, sondern z. B. auch im Falle von OR 26 kommt die Situation vor, in der man demjenigen Kontrahenten, der Schadenersatz fordert, nicht den geringsten Vorwurf machen könnte, er hätte sich genauer erkundigen müssen. Trotzdem haftet der Irrende nur im Falle von Verschulden. Der Grund, warum die Klage gegenüber dem falsus procurator auch dann gegeben ist, wenn ihn kein Verschulden trifft, kann also nicht in jenem Umstand liegen. Der Grund für diese Haftung ohne Verschulden, nicht aber der Grund der von der Normierung der übrigen Fälle der negativen Interessehaftung verschiedenen Regelung, muß darin gesehen werden, daß der falsus procurator, auch wenn er entschuldbar irrt über die Erteilung der Vollmacht, damit doch in jedem Fall eine gewisse objektiv gebotene Sorgfaltspflicht verletzt, daß ihn also jedenfalls eine objektive culpa trifft^{127 128 129}.

Da mit OR 39 die Widerrechtlichkeit der Erweckung und Täuschung des Vertrauens in das Zustandegekommenensein des

¹²⁶ vgl. Scherrer 32/33.

¹²⁷ vgl. hinten § 12/I/C/2.

¹²⁸ Ueber die Haftung des falsus procurator im Falle von Verschulden: vgl. hinten § 9/I/A/2/a/aa/aaa.

¹²⁹ Diese objektive culpa ist aber auch in anderen Fällen der negativen Interessehaftung gegeben: vgl. hinten § 12/I/C. Insofern bedeuten also diese Bestimmungen einer Haftung ohne Verschulden eine gegenüber den anderen Bestimmungen der negativen Interessehaftung fortschrittlichere Regelung (vgl. hinten a. a. O.).

Vertrages ausgesprochen ist, so fragt es sich, warum dieser Schutz auch noch in ZGB 411/II (alt OR 33/III) seinen Ausdruck gefunden habe. Diese letztere Bestimmung hat zweifellos ihre Berechtigung nicht in der Statuierung der Widerrechtlichkeit der Erweckung und Täuschung dieses Vertrauens, dagegen darin, daß sie als Ausfluß des in ZGB 19/III ausgesprochenen Grundsatzes um dessen zweifelsfreier Geltung willen in diesem besonderen Fall aufgenommen wurde; denn die Haftung des Bevormundeten gemäß ZGB 411/II ist nicht ohne weiteres selbstverständlich, ist doch immerhin die Frage aufgeworfen worden, ob diese Haftung nicht den Schutz, den die Rechtsordnung dem betreffenden Bevormundeten (dem urteilsfähigen Unmündigen oder Entmündigten) angedeihen lassen will, illusorisch mache¹³⁰.

Die negative Interessehaftung ist also eine Deliktshaftung, bzw. eine deliktsähnliche Haftung im Falle von rev. OR 39, 29/II und alt OR 5/II¹³¹, aber nicht deshalb, weil schon auf Grund von OR 41 eine Haftung aus unerlaubter Handlung gegeben wäre, sondern weil in den betreffenden Bestimmungen die Widerrechtlichkeit der Vertrauenserweckung und -täuschung statuiert ist.

Wenn auch die negative Interessehaftung regelmäßig¹³² Verschulden des Ersatzpflichtigen voraussetzt, so begründet dieses doch nicht die Haftung, sondern bildet eine bloße Haftungsvoraussetzung.

¹³⁰ vgl. hinten § 9/I/A/2/b.

¹³¹ a. M. hinsichtlich dieser Aufteilung: Rabel 320/321: Er tritt für die Erfassung der negativen Interessehaftung unter einem einheitlichen Haftungsprinzip ein, wie sie die gemeinrechtliche Doktrin immer zu begründen versuchte: „Die einzigen Gesetzesbestimmungen des OR sind zufolge ihrer dogmengeschichtlichen Herkunft durch den gemeinsamen Gedanken umschlungen, welcher der Jheringschen und so vielen anderen Abhandlungen den Titel gab: Schadenersatz bei nichtigen Verträgen. Dürfen wir sie nachträglich in Delikte und Quasidelikte auseinanderreißen? Gehen wir lieber auf den Grundgedanken zurück!“

¹³² Das wird der Rechtsbestand der negativen Interessehaftung zeigen: vgl. hinten § 9/I.

b. Auswirkungen

aa. Haftung des Geschäftsherrn für seine Angestellten.

Die negative Interessehaftung ist eine Haftung aus unerlaubter Handlung. Daher findet für die Haftung des Geschäftsherrn für c. i. c. seines Angestellten OR 55 Anwendung. Die Lösung des Problems im Sinne einer Deliktshaftung wird nun aber gerade deswegen abgelehnt, weil sie versage im Falle der Haftung des Geschäftsherrn. Es wird darauf hingewiesen, daß, wenn der Vertreter des Geschäftsherrn, dagegen nicht dieser selbst, bei Abschluß eines Vertrages irgendwelche Sorgfaltspflichten verletze, eine Haftung des Geschäftsherrn eintreten soll, was aber bei Annahme einer deliktischen Haftung nicht möglich sei, indem OR 55 zur Anwendung komme¹³³. Auch Simonius vertritt die Ansicht, es sei schon aus dem Grunde zu empfehlen, den Anspruch aus c. i. c. dem Vertragsrecht zu unterstellen, weil das den Vorteil böte, die Regel über die Verantwortlichkeit des Schuldners für eine Hilfsperson (OR 101) auf die Haftung wegen Verschuldens eines Vertreters anwenden zu können¹³⁴. In der Tat wäre es z. B. unbillig, wenn jemand einen Vertrag wegen des durch seinen Vertreter begangenen Irrtums anfechten könnte, ohne den Schaden ersetzen zu müssen, den der Vertreter durch seine Fahrlässigkeit angerichtet hat. Ich glaube aber nicht, daß sich dieses unbillige Resultat aus der deliktischen Natur der negativen Interessehaftung ergibt. Freilich ist der Grund für den Schaden mit der unerlaubten Handlung gelegt. Aber für die Frage, ob der Geschäftsherr für den Vertreter haften soll, muß das auslösende Moment des Schadens entscheidend sein, und zwar ist es die Geltendmachung des Irrtums. Diese Handlung ist dem Irrenden auf Grund des Gesetzes ausdrücklich gestattet. Somit stellt sich die Anfechtung eines Vertrages wegen Irrtums als ein mit der Verpflichtung zum Ersatz des negativen Interesses belastetes Recht

¹³³ vgl. Herz 29.

¹³⁴ vgl. Simonius: a. a. O. (vorn S. 89) Basler Studien zur Rechtswissenschaft, 15. Heft (Basel 1942) S. 242.

dar¹³⁵. Also muß der Geschäftsherr auch die ungünstigen Folgen der Berufung auf Irrtum auf sich nehmen, auch wenn er selbst den Grund der Haftung nicht gelegt hat¹³⁶. Dasselbe gilt auch für die übrigen Fälle einer Anfechtung, und nur in diesen ist ja jenes unbillige Ergebnis denkbar¹³⁷.

bb. Beweislast.

Während im Falle von Schadenersatz wegen Nichterfüllung der Beklagte nach OR 97 ff. (alt OR 110 ff.) den Entschuldigungsbebeweis zu erbringen hat, so ist bei der außervertraglichen Schadenersatzklage und somit auch bei der Klage auf Ersatz des negativen Interesses der Kläger für das Verschulden des Beklagten beweispflichtig. In den weitaus meisten Fällen wird es ihm aber nicht schwer fallen, diesen Beweis zu führen. So liegt z. B. in der Behauptung des Erklärungsirrtums vielfach auch ein Geständnis der Fahrlässigkeit. Deswegen darf aber noch keine Vermutung für diese Fahrlässigkeit aufgestellt werden; denn damit würde die culpa objektiviert, indem ohne Rücksicht auf die konkreten Umstände diese Fahrlässigkeit angenommen würde, sofern nicht das Gegenteil bewiesen würde^{138 139}. Es bleibt daher bei der außerkontraktlichen Beweislast, wobei dem Kläger allerdings in concreto der Beweis des Verschuldens leicht fallen wird. Mit diesem Umstand ist aber auch der Einwand beseitigt, daß diese außervertragliche Beweislast der Interessenlage bei den Vertragsverhandlungen nur selten gerecht werde. Aber selbst dann, wenn dies der Fall wäre, so dürfte doch keinesfalls mit Rücksicht darauf diese Auswirkung der Deliktsnatur und noch viel weniger diese selbst abgelehnt werden: dem positiven Recht gegenüber kann es sich nicht darum handeln, was praktisch und was unpraktisch ist, sondern nur darum, was zu Recht besteht und was nicht.

¹³⁵ vgl. Tuhr: Ueber die Mängel des Vertragsabschlusses nach schweizerischem Obligationenrecht, ZSR 16 (1897) S. 25/26.

¹³⁶ vgl. Burckhardt a. a. O. (vorn S. 94) in ZSR 22, S. 545.

¹³⁷ vgl. hinten § 9/I/A/1.

¹³⁸ a. M. Tuhr: a. a. O. 23.

¹³⁹ Auch der klare Wortlaut des Gesetzes steht einer solchen Vermutung entgegen (OR 26).

cc. Verjährung.

Für die Klage auf Ersatz des negativen Interesses kommt die Verjährungsfrist von einem Jahr (rev. OR 60, alt OR 69) zur Anwendung¹⁴⁰. Die Frist beginnt mit dem Tage zu laufen, an welchem der Geschädigte Kenntnis vom Schaden und von der Person des Ersatzpflichtigen erlangt. Im Falle der negativen Interessehaftung auf Grund der relativen Nichtigkeit eines Vertrages ist für den Beginn der Verjährungsfrist der Zeitpunkt der Erklärung des Anfechtenden, daß er den Vertrag nicht gelten lasse, maßgebend; denn einerseits entsteht erst in diesem Zeitpunkt der Schaden, weil der Vertrag noch wirksam werden kann, solange er nicht angefochten ist, anderseits erhält der Schadenersatzberechtigte in diesem Zeitpunkt Kenntnis davon, daß er und durch wen er geschädigt ist¹⁴¹.

¹⁴⁰ vgl. Tuhr: a. a. O. 23; a. M. Herz 62.

¹⁴¹ vgl. Tuhr a. a. O. 24.

III. Buch:

Auswirkungen der Lösung des Problems

1. Kapitel:

Der Rechtsbestand der negativen Interessshaftung im geltenden schweizerischen Recht

Den Gedanken des Schadenersatzes bei unwirksamen Verträgen finden wir bereits im alten OR. Ein ausdrücklicher Hinweis auf den Ersatz dieses Interesses findet sich aber erst im revidierten OR. Das zum Ersatz verpflichtende rechtswidrige Verhalten ist dagegen nach dem alten und nach dem revidierten OR dasselbe. Das negative Interesse umfaßt den Schaden, der dadurch entstanden ist, daß das betreffende Vertrauen erweckt und getäuscht wurde. Es ist aber möglich, daß auch im Falle der Gültigkeit des Vertrages einer Partei das negative Interesse ersetzt wird. Diesen Fall hat das revidierte OR in Art. 109 vorgesehen, der, im Gegensatz zu den Bestimmungen Art. 124 und 125 des alten OR, die Frage, welches Interesse im Falle des Rücktritts zu ersetzen ist, eindeutig beantwortet. Freilich ist hier das Vertrauen in die Gültigkeit, bzw. in das Zustandekommensein des Vertrages nicht erweckt und getäuscht worden; aber das Gesetz will dem Gläubiger, der die Erfüllung, bzw. den Ersatz des Erfüllungsinteresses beanspruchen könnte, auch das Recht geben, das zu verlangen, was er hätte, wenn er sich auf diesen Vertrag gar nicht eingelassen hätte^{1 2}. Die

¹ vgl. vorn § 2/II/A.

² Das negative Interesse umfaßt hier den Schaden, der dadurch entstanden ist, daß vom Vertrag überhaupt die Rede gewesen ist, nicht den Schaden, der mit der Erweckung und Täuschung eines berechtigten Ver-

Voraussetzungen der negativen Interessehaftung sind nicht gegeben, dagegen soll dem Gläubiger, dem Umfang des Ersatzes nach, dasselbe zukommen, was er beanspruchen könnte, wenn sie vorhanden wären³.

§ 9: Anwendungsgebiet der negativen Interessehaftung

I. Die negative Interessehaftung als Folge der Verletzung einer außervertraglichen Pflicht

A. Normierung der negativen Interessehaftung

Ob ein Vertrauen, das an sich berechtigt ist, weil es auf die Wirksamkeit, bzw. darauf gerichtet ist, daß ein Vertrag zustande gekommen sei, auch im konkreten Fall als berechtigt qualifiziert werden kann, das hängt davon ab, ob der als Schadenersatzberechtigter in Frage kommende Kontrahent gutgläubig ist oder nicht.

1. Schutz des Vertrauens in die Wirksamkeit des Vertrages: Relative Nichtigkeit (Einseitige Unverbindlichkeit)

Innerhalb der Fälle des Mangels im Willen stelle ich den Irrtum voran, einerseits, weil die hiefür maßgebende Bestimmung ausdrücklich die negative Interessehaftung vorsieht, und andererseits, weil sie die Grundlage für den Schutz des Vertrauens in die Wirksamkeit des Vertrages bedeutet. Dazu kommt, daß sich die Frage nach dem Ersatz des negativen Interesses in praxi vor allem auf Grund dieses Mangels erhebt.

a. Irrtum

aa. Irrtum auf Seiten des Anfechtenden.

Schon das alte OR sah die Unverbindlichkeit des Vertrages für denjenigen vor, der sich beim Abschluß in einem wesentlichen im Kausalzusammenhang steht. Ueber den eventuellen Unterschied hinsichtlich des Umfanges des negativen Interesses: vgl. hinten § 9/II/A.

³ vgl. hinten § 9/II.

lichen Irrtum befand und erklärte denjenigen für schadenersatzpflichtig, der sich fahrlässig irrte (Art. 23). Es ließ aber die Frage offen, ob das Erfüllungs- oder das negative Interesse zu ersetzen sei⁴. Das rev. OR brachte nun eine Aenderung in Art. 26, der von einem aus dem Dahinfallen des Vertrages entstandenen Schaden spricht. Der Wortlaut würde auf das Erfüllungsinteresse schließen lassen⁵. Aus folgenden Erwägungen geht jedoch eindeutig hervor, daß das negative Interesse gemeint ist:

1) Das Gesetz stellt in Art. 26 dem aus dem Dahinfallen des Vertrages entstandenen Schaden (Art. 26/I) einen weiteren Schaden (Art. 26/II) gegenüber, von der Vorstellung ausgehend, daß das negative Interesse einen gegenüber dem positiven Interesse notwendigerweise beschränkten Schaden darstelle.

2) Wird der Vertrag wegen Irrtums angefochten, so steht dem Anfechtungsgegner keine Klage auf Erfüllung zu. Wie sollte daher eine Klage auf Ersatz des Erfüllungsinteresses gerechtfertigt sein?

Die Regelung des Art. 26 legt dem Richter die Pflicht auf, die Voraussetzung der Fahrlässigkeit im Zweifel eher als gegeben zu erachten, soll dabei ein vernünftiges Ergebnis herauskommen. Es sind nun aber Fälle denkbar, in denen auch bei dieser weiten Auslegung eine Fahrlässigkeit nicht zu finden ist, so daß ein Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses nicht gegeben ist, obwohl der moderne Rechtsverkehr auch in diesem Fall einen Schutz der gutgläubigen Partei erfordert⁶. Will man schon am Willensdogma festhalten⁷, soll also wegen wesentlichen Irrtums das Rechtsgeschäft scheitern, so soll doch wenigstens die Haftung nicht von einem Verschulden abhängig gemacht

⁴ Die herrschende Meinung sah in diesem Schaden das negative Interesse.

⁵ Klar ist nur der Wortlaut der entsprechenden Bestimmung des BGB (§ 122), die einen ausdrücklichen Hinweis auf den Schaden enthält, der dadurch entstanden ist, daß der Geschädigte auf die Gültigkeit der Erklärung vertraut hat.

⁶ vgl. hinten § 12/I/C.

⁷ vgl. Simonius: Ueber die Bedeutung des Vertrauensprinzips in der Vertragslehre, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, 15. Heft (Basel 1942) S. 263 ff.

werden⁸. Das wäre das Minimum dessen, was dem schuldlosen Partner des Irrenden zukommen sollte. Eine bessere Lösung wäre allerdings — das Festhalten am Willensdogma vorausgesetzt — nicht denkbar; denn der Ersatz des negativen Interesses steht im logischen und adäquaten Zusammenhang mit der Unwirksamkeit des Vertrages. Nun aber müßte man, auch wenn man die Willentheorie an sich nicht antasten wollte, doch dem Umstand Rechnung tragen, daß die vorliegende Gesetzesbestimmung hinsichtlich des durch sie Begünstigten dem praktischen Leben durchaus nicht angepaßt ist, hat doch der Laie vom Bestehen des Anfechtungsrechts wegen Irrtums aller Regel nach keine Ahnung. Der Besteller von Büchern wird z. B. nicht annehmen, daß er das Recht habe, sie zurückzuschicken, wenn er sich über ihre Natur geirrt hat.

Auf seiten des Anfechtungsgegners ist Gutgläubigkeit erforderlich. Diese ist nicht nur dann gegeben, wenn er den Anfechtungsgrund weder kannte noch kennen mußte, sondern auch dann, wenn er den Anfechtungsgrund zwar kannte, aber auch wußte, daß der Anfechtungsberechtigte vom betreffenden Mangel ebenfalls Kenntnis hatte oder nach seiner berechtigten Annahme hätte haben sollen. Das kann z. B. der Fall sein, wenn der Anfechtungsgegner seine Mitteilungspflicht erfüllte.

Umstritten ist, ob OR 26 auch auf den Grundlagenirrtum Anwendung finde⁹. Wir müssen vom Umstand ausgehen, daß bei der Frage des Grundlagenirrtums auf seiten des Gegners des Irrenden der Maßstab von Treu und Glauben angelegt wird, indem dieser Irrtum dann, aber nur dann als gegeben betrachtet wird, wenn diese Gegenpartei den in Frage stehenden Sachverhalt als Voraussetzung oder Bedingung des Vertrages anerkennen mußte¹⁰. Aus diesem Grunde fehlt auf seiten dieses Vertragsteils in der Regel der gute Glaube als eine Voraussetzung des Anspruchs auf den negativen Interesseersatz¹¹.

Worin besteht nun der Ersatz des weiteren Schadens, wie

⁸ Das ist geschehen im BGB (§ 122).

⁹ vgl. OR 24/I/4.

¹⁰ vgl. Simonius, a. a. O. 275.

¹¹ vgl. Rabel 304 ff.

er in OR 26/II vorgesehen ist¹²? Mit der Bestimmung über den Ersatz weiteren Schadens ist eine neue Vorschrift gegenüber dem alten OR geschaffen worden. Absatz II des Art. 26 wurde dahin ausgelegt, daß unter den gegebenen Voraussetzungen über das negative Interesse hinaus das Erfüllungsinteresse zu ersetzen sei, sobald die Billigkeit es verlange¹³. Der unentschuldbare wesentliche Irrtum soll gegebenenfalls gleich behandelt werden wie der unwesentliche. Diese Auffassung geht davon aus, daß das negative Interesse gegenüber dem positiven notwendigerweise einen beschränkten Umfang besitze¹⁴. Einerseits aus der Erkenntnis, daß das negative Interesse sehr wohl das positive übersteigen kann¹⁵, und anderseits auf Grund der Tatsache, daß unser Recht keine Vorschrift kennt, die das Maximum des negativen Interesseersatzes auf die Höhe des positiven festsetzte¹⁶, ergibt sich, daß auf alle Fälle der jener Auffassung zugrunde liegende Gedanke nicht richtig ist. Zu prüfen bleibt dagegen, ob wenigstens die Auswirkungen dieser Auffassung zu befürworten seien.

Ein weiterer Schaden im Sinne von OR 26/II kann sicher nur ersetzt werden, sofern er tatsächlich entstanden ist. Auch aus Billigkeitsrücksichten kann der Richter nicht mehr als den tatsächlich entstandenen Schaden ersetzen lassen, mit anderen Worten: der Ersatz des weiteren Schadens kann höchstens den Ersatz des vollen negativen Interesses ausmachen. Also muß für den Ersatz des auf Grund des adäquaten Kausalzusammenhangs berechneten Schadens aus irgendeinem Grunde ein Abstrich gerechtfertigt sein, damit dann der Ersatz eines weiteren Schadens denkbar ist. Eine solche Herabsetzung ist nun aber möglich im Sinne einer Beschränkung des negativen Interesseersatzes auf die Höhe des positiven, die der Richter auf Grund

¹² Diese Bestimmung des weiteren Schadens findet sich auch in OR 39/II, wo allerdings diese weitergehende Haftung an das Verschulden anknüpft.

¹³ vgl. Amtliches stenographisches Bulletin des Nationalrates XIX (1909) S. 475 und des Ständerates XX (1910) S. 164.

¹⁴ vgl. Simonius 243 ff.; Scherrer 72.

¹⁵ vgl. hinten § 10/I/C.

¹⁶ Anders im BGB (§ 122, 179, 307). Für OR 39 wurde in der Expertenkommission eine dahingehende Anregung gemacht, dieser aber nicht Folge gegeben (vgl. Sitzungsprotokoll der Expertenkommission O. R. I vom 4. Mai 1908 S. 3).

von OR 43, 44 je nach den Umständen vornehmen oder nicht vornehmen kann¹⁷. Der Grund des Ersatzes weiteren Schadens liegt aber ebenfalls in der Billigkeit, so daß einer Reduktion des Ersatzes aus Billigkeitsrücksichten eine entsprechende Erhöhung aus demselben Grunde gegenüberstünde. Jene Herabsetzung müßte also unabhängig von den konkreten Umständen vorgenommen worden sein. In der Tat ergibt sich ihre Berechtigung in bestimmten Fällen schlechtweg (ohne Rücksicht auf die konkreten Gegebenheiten)¹⁸, als der Billigkeit entsprechend, so daß dann auf Grund der besonderen Umstände des gerade vorliegenden Falles die Rücksichtnahme auf die Billigkeit eine Korrektur im Sinne des Ersatzes eines weiteren Schadens erforderlich machen kann. Insofern ist also der Ersatz eines weiteren Schadens möglich. Dieser Schadenersatz kann aber aus den genannten Gründen niemals im Ersatz des Erfüllungsinteresses bestehen.

Wenn nun auch OR 26/II es klar ausspricht, daß über den negativen Interesseersatz hinaus weiterer Schaden zu ersetzen sei und dabei zweifellos den Ersatz des Erfüllungsinteresses im Auge hat, so will diese Bestimmung doch nicht einen nicht adäquaten Schaden ersetzen lassen. Aber der Gesetzgeber sieht eben nicht die beiden ganz verschiedenen Kausalreihen des negativen und des positiven Interesses; darum hält er einerseits den Umfang des negativen Interesses für einen stets geringeren als den des positiven und erkennt er anderseits nicht, daß der im Verhältnis zur Unwirksamkeit des Vertrages adäquate Schaden das negative und nur das negative Interesse sein kann. Aus diesem Grunde muß diese Bestimmung so interpretiert werden, daß niemals mehr ersetzt wird, als an Schaden entstanden ist, so daß auf Grund von OR 26/II der Ersatz des Erfüllungsinteresses auch dann nicht in Betracht kommen kann, wenn das negative Interesse kleiner ist als das positive.

¹⁷ Die Anwendung der allgemeinen Bestimmungen über die Schadenersatzbemessung ist durchaus möglich: vgl. hinten § 10/III/B und § 11/I/B.

¹⁸ vgl. hinten § 10/I/C/2.

bb. Unrichtige Uebermittlung.

Nach OR 27 kommen dieselben Bestimmungen zur Anwendung, ob der Vertragsschließende selbst oder ein für ihn bestellter Bote eine Erklärung abgibt, die mit dem Willen nicht übereinstimmt: die Erklärung des Boten gilt einfach als Erklärung des betreffenden Absenders der Mitteilung, das Verschulden des Boten als dasjenige des Absenders. Wenn eine Divergenz zwischen der Mitteilung, wie sie dem Boten zur Weiterleitung aufgetragen wurde, und der Uebermittlung besteht, so muß der Absender der Mitteilung, wenn er an den Vertrag nicht gebunden sein will, sich auf den wesentlichen Irrtum berufen können. Haben wir schon im Falle des durch Fahrlässigkeit eines Vertragsschließenden verursachten Irrtums feststellen müssen, daß die Voraussetzung des Verschuldens für die Schadenersatzberechtigung den praktischen Bedürfnissen nicht immer gerecht wird, so müssen wir das hier in vermehrtem Maße feststellen; denn der moderne Verkehr bringt es mit sich, daß in vielen Fällen, in denen das Bedürfnis nach dem Ersatz des negativen Interesses durchaus besteht, mit aller Gewalt ein Verschulden konstruiert werden müßte, damit ein Schutz gewährt werden könnte. So müßte man, um den schuldlosen Partner des Irrenden zu schützen, dem Absender einer Mitteilung, die unrichtig überbracht wird, z. B. die Benützung des Telegraphen oder der Post als Fahrlässigkeit ankreiden, obwohl das im Widerspruch mit den Gepflogenheiten des Verkehrs stünde^{19 20}. Oder wo sollte sonst in all den Fällen ein Verschulden gefunden werden, in denen öffentliche Verkehrsmittel benützt werden?

cc. Nicht erkannter und nicht erkennbarer Scherz.

Auf den Fall des nicht erkannten und nicht erkennbaren Scherzes finden OR 23 ff. Anwendung²¹.

¹⁹ vgl. hinten § 12/I/C; Rabel 306.

²⁰ An dieser Stelle stand Jhering bei seinem ersten Versuch, den er später selbst kritisch betrachtete (vgl. vorn § 5/II/A/1/a/aa).

²¹ vgl. hinten § 9/I/B/2/d/bb/aaa/aaaa.

b. Furchterregung

Im Falle der Furchterregung kann die Frage der negativen Interessehaftung nur dann aktuell werden, wenn die Drohung von keiner Vertragspartei, sondern von einem Dritten ausgegangen ist. Für diesen Fall hat nun OR 29/II eine Billigkeitshaftung vorgesehen. Der Schaden, für den im Maximum Entschädigung zu leisten ist, ist das negative Interesse²², obwohl davon nicht ausdrücklich die Rede ist, und zwar nicht nur im Falle von Verschulden; die Haftung ohne Rücksicht auf Verschulden ist hier deshalb möglich, weil die Widerrechtlichkeit der Vertrauenserweckung und -täuschung kein schuldhaftes Verhalten voraussetzt²³. Andererseits ist der Nachweis besonderer Umstände erforderlich, die diese Billigkeitshaftung rechtfertigen. Aus diesen Gründen hat OR 29/II trotz bereits erfolgter Statuierung der Widerrechtlichkeit der Erweckung und Täuschung des berechtigten Vertrauens in die Wirksamkeit des Vertrages seine Existenzberechtigung.

2. Schutz des Vertrauens darauf, daß der Vertrag zustandegekommen sei

a. Mangel im Willen

aa. Scheinbare Stellvertretung.

aaa. Vollmachtlose Stellvertretung.

Die Vertrauenserweckung und -täuschung liegt hier im scheinbaren Abschluß des Vertrages seitens eines Dritten infolge des Mangels der Vertretungsmacht des scheinbaren Stellvertreters und der Genehmigung durch den Dritten, welche den Vertrag hätte perfekt werden lassen. Voraussetzung der Schadenersatzpflicht ist nach OR 39 (alt OR 48), daß der Vertragsgegner den Mangel der Vollmacht weder kannte noch hätte kennen sollen²⁴. Während also der Irrende nur bei Verschulden haftet, so haftet der falsus procurator schlechthin. Das Gesetz ist hier also inkonsequent: mit derselben Berech-

²² a. M. Simonius 274.

²³ vgl. hinten § 9/I/B/1/a/aa/aaa/aaaa/bbbbbb und § 12/I/C/1.

²⁴ vgl. Simonius 231.

tigung hätte es im Falle von OR 26 vom Verschulden absehen können^{25 26 27}.

Mit dem weiteren Schaden nach OR 39/II hat der Gesetzgeber den Schaden gemeint, der dadurch entstanden ist, daß die Gegenpartei des falsus procurator ein zweites Geschäft abgeschlossen hat, dessen Abschluß sie sonst unterlassen hätte, und dieses nun nicht halten kann, so daß sie ihrerseits ihrem Mitkontrahenten gegenüber schadenersatzpflichtig wird²⁸. Dieser Schaden bildet nun aber einen Teil des positiven Schadens und wird als solcher bei der Berechnung des negativen Interesses berücksichtigt²⁹.

Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang eine Besonderheit hinsichtlich der Gutgläubigkeit der Gegenpartei des falsus procurator. Erhält diese Kenntnis vom Mangel der Vollmacht, so hat sie auf Grund von OR 38/II das Recht, vom angeblich Vertretenen eine Erklärung über die Genehmigung zu verlangen. Erfolgt dann die Genehmigung nicht innert angemessener Frist, so gilt sie als abgelehnt, so daß das Vertrauen in die Wirksamkeit des Vertrages zerstört ist. Vor Ablauf dieser Frist ist nun der Gegenkontrahent des falsus procurator einseitig gebunden; deswegen ist er aber nicht berechtigt, auf die Genehmigung und das Zustandekommen des Vertrages zu vertrauen. Die Dinge liegen hier anders als in dem Fall, wo die Anfechtung noch nicht erfolgt ist und beide Parteien vom Mangel Kenntnis haben; denn in diesem Fall hat es der Anfechtungsberechtigte in der Hand zu verhüten, daß der positive

²⁵ vgl. vorn § 8/II/B/2 (S. 103).

²⁶ Nach BGB § 179 ist der scheinbare Stellvertreter bei Kenntnis des Mangels der Vollmacht zur Erfüllung, bzw. zum Ersatz des Erfüllungsinteresses verpflichtet, nach schweizerischem Recht ohne Rücksicht auf Kenntnis oder Unkenntnis dieses Mangels zum Ersatz des negativen Interesses.

²⁷ Das Erfüllungsinteresse stellt im Falle der Kenntnis des Mangels der Vertretungsmacht auf seiten des falsus procurator unter dem Gesichtspunkt, daß dieser wie ein Selbstkontrahent auftritt, den adäquaten Schaden dar, indem das schädigende Verhalten als Vertragsverletzung zu betrachten ist (vgl. BGB § 179/I und österr. ABGB § 95).

²⁸ vgl. Amtliches stenographisches Bulletin des Nationalrates, XIX (1909) S. 476.

²⁹ vgl. die Ausführungen über den Ersatz weiteren Schadens auf Grund von OR 26/II: vorn § 9/I/A/1/a/aa.

Schaden auf der Gegenseite anwächst, in jenem Fall dagegen hängt die Entscheidung von einer dritten Person ab, die den negativen Interesseersatz nicht zu leisten hat.

Wenn aber der Gegner des falsus procurator gar nicht wissen will, wie sich der scheinbar Vertretene dazu stellt, dann ist sein Vertrauen umso weniger als berechtigt zu erachten³⁰.

bbb. Unterlassung der Aufforderung zur Rückgabe der Vollmachtsurkunde.

Es ist umstritten, ob auch der Fall von OR 36/II (alt OR 43/II) unter die negative Interessehaftung falle³¹. Der gewichtige Einwand gegen die Annahme, es handle sich hier um eine negative Interessehaftung ist wohl der von Simonius³². Dieser schließt sie mit der Begründung aus, daß von einer Geltung des Vertrages auf Grund einer solchen Vollmacht keine Rede sein könne. Aus demselben Grund schließt er auch die Möglichkeit des Ersatzes des Erfüllungsinteresses aus. Nun ist aber für den Ersatz des negativen Interesses die Erweckung und Täuschung eines berechtigten Vertrauens maßgebend, und das Vertrauen ist schon dann berechtigt, wenn es auf das Zustandekommensein des Vertrages gerichtet ist³³. Der nach OR 36/II zu ersetzende Schaden könnte höchstens deshalb nicht das negative Interesse sein, weil das Erfüllungsinteresse gemeint wäre. OR 36/II ist nun ein Anwendungsfall von OR 34/III (alt OR 41), so daß der Vollmachtgeber das Erlöschen der Vollmacht gutgläubigen Dritten nicht entgegenhalten kann. Diese können aber in ihrem Vertrauen nicht soweit geschützt sein, daß der Vertrag als gültig zustande gekommen gälte und somit das Erfüllungsinteresse zu ersetzen wäre³⁴; denn während

³⁰ a. M. Scherrer 55.

³¹ vgl. Melliger 208; Marcusen 173; Simonius 272/273; Rabel 309/310; Becker Art. 36 N 8.

³² vgl. Simonius 272.

³³ . . . , dagegen nicht, wenn es auf das Zustandekommen des Vertrages gerichtet ist (a. M. Becker Art. 26 N 8).

³⁴ a. M. Rabel 309: Er übersieht, daß das Nichtanhalten zur Rückgabe der Vollmachtsurkunde gerade ein nicht gehöriger Widerruf ist. Ob ein Widerruf nicht gehörig ist oder nicht, hängt davon ab, ob Dritte hinsichtlich des Weiterbestandes der Vollmacht gutgläubig sein können oder nicht.

sonst der Widerruf ein bereits bestehendes berechtigtes Vertrauen eines Dritten aufhebt, weil diesem gegenüber bereits eine Erklärung des Vollmachtgebers vorliegt, so bedeutet die Rücknahme der Vollmachtsurkunde die Verhinderung der Entstehung eines berechtigten Vertrauens Dritter; denn weil in diesem Fall die Vollmachtserteilung für Dritte in der Vollmachtsurkunde zum Ausdruck kommt, so stützt sich das berechnete Vertrauen Dritter immer auf die letztere. Aus diesem Grunde würde die Anwendung von OR 34/III auf den in Frage stehenden Tatbestand bedeuten, daß die Erklärung einer Person gegenüber solchen Personen verpflichtete, denen gegenüber sie sie überhaupt nie abgegeben hat. Zu berücksichtigen ist aber auch der Umstand, daß OR 36/II (alt OR 43/II) überhaupt ins Gesetz aufgenommen worden ist, hätte doch OR 34/III (alt OR 41) oder doch eine Verweisung auf diese Bestimmung durchaus genügt, wenn das Erfüllungsinteresse gemeint wäre³⁵.

Die Antwort auf die Frage, warum der Gesetzgeber sich mit der bereits besprochenen Regelung der Vertrauenserkennung und -täuschung nicht begnügte, ergibt sich aus dem Gesagten ohne weiteres: es ist nicht selbstverständlich, daß der Vertrag zwischen dem gutgläubigen Dritten und dem scheinbar Bevollmächtigten als nicht zustande gekommen gelten soll, so daß die Erweckung und Täuschung des Vertrauens in das Zustandekommensein des Vertrages zum negativen Interessesersatz verpflichtet.

Aus den letzteren Ausführungen ergibt sich auch, daß OR 34/III keinen Anwendungsfall der negativen Interesseschaffung darstellt.

bb. Unterlassung der Anzeige vom verspäteten Eintreffen der Annahmeerklärung.

Im Gegensatz zum rev. OR (Art. 5/III) hat das alt OR in Art. 5/II nicht zwingend Gebundenheit des Offerenten statuiert für den Fall der Unterlassung der Anzeige von der verspäteten Ankunft der Annahme, sondern dem Offerenten die

³⁵ vgl. Melliger 208; a. M. Marcusen 173.

Wahl gelassen, entweder den Vertrag gelten zu lassen oder die Verpflichtung auf sich zu nehmen, den Oblaten zu entschädigen, und zwar dafür, daß er dessen Vertrauen auf das Zustandekommensein des Vertrages erweckt und getäuscht hat. Die Meinung des Gesetzes war die, daß diese Haftung ohne Rücksicht auf Verschulden eintreten sollte. Aus diesem Grunde war die Regelung von alt OR 5/II durchaus gerechtfertigt, obwohl das Vertrauen darauf, daß der Vertrag zustande gekommen sei, bereits durch andere Bestimmungen geschützt war.

Das rev. OR hat diesen Fall anders geregelt. Art. 5/III bedeutet eine Durchbrechung des Willensdogmas³⁶. Es wird angenommen, daß der Vertrag zustande gekommen sei, obwohl der Konsens nicht gegeben ist. Der Oblat klagt in diesem Fall gegen den Offerenten auf Erfüllung, bzw. auf Ersatz des Erfüllungsinteresses. Diese Regelung stimmt mit der entsprechenden Bestimmung des Entwurfs zum BGB (§ 85) überein.

Für den Fall jedoch, daß für die Annahme eines Antrages eine Frist gesetzt ist³⁷, ist sowohl im alt OR wie im rev. OR weder diese noch jene Regelung vorgesehen. Nach meinem Dafürhalten sollte es aber nicht darauf ankommen, ob eine Frist gesetzt ist oder nicht; denn auch unter der Voraussetzung einer Annahmefrist kann das Vertrauen darauf, daß der Vertrag zustande gekommen sei, berechtigt sein. Außerdem würde ich die Regelung des alt OR gegenüber derjenigen des rev. OR vorziehen; denn einerseits kommt in dem Fall, wo der Offerent gebunden sein will, der Vertrag zustande, anderseits bedeutet die Pflicht zum Ersatz des negativen Interesses die adäquate Folge des Nichtgeltenlassens des Vertrages und des dadurch verursachten Schadens, während die Bindung an den Vertrag nur zufällig die der wahren Sachlage entsprechende Sanktion ist. Dabei würde ich allerdings vorschlagen, daß der Offerent innert einer bestimmten Frist die Erklärung abgeben müßte, er wolle an den Vertrag gebunden sein. Freilich würde es sich auch hier um eine unwiderlegbare Vermutung handeln; aber

³⁶ vgl. Marcusen 177.

³⁷ vgl. rev. OR 3/I, alt OR 3.

es ist doch etwas grundsätzlich Verschiedenes, ob man nach Ablauf einer bestimmten Frist irgendein Wollen oder irgendein Nichtwollen unwiderlegbar vermutet. Diese Fristansetzung würde ich aus dem Grunde bejahen, weil es sonst der Offerent in der Hand hätte, auf unbestimmte Zeit die Ausübung des Wahlrechts hinauszuschieben, während er auf jeden Fall nach Ablauf einer solchen Frist alles Interesse daran hätte, möglichst schnell dem Oblaten von der Verspätung seiner Annahmeerklärung Anzeige zu machen, um das Ansteigen des negativen Interesses zu verhüten.

b. Mangel in der Person (Urteilsfähige Unmündige und Entmündigte)

Das im folgenden Zusammenhang maßgebende Prinzip ist die Haftung einer geschäftsunfähigen Person für die Schadenszufügung durch verschuldete Erweckung und Täuschung des berechtigten Vertrauens auf das Zustandekommensein des Vertrages infolge eines in der betreffenden Person liegenden Mangels.

Das alte OR erklärte in Art. 33/III den urteilsfähigen Vertragsunfähigen seinem Mitkontrahenten gegenüber für schadenersatzpflichtig für den Fall, daß er ihn zu der irrtümlichen Annahme seiner Handlungsfähigkeit verleitete, das revidierte OR kennt diese Bestimmung nicht mehr, dagegen hat sie ins Vormundschaftsrecht Eingang gefunden (ZGB 411/II). Voraussetzung dieser Schadenersatzpflicht ist, daß der Bevormundete das Vertrauen der Gegenpartei schuldhaft erweckt und getäuscht hat. Jedoch ist nicht dolus erforderlich; denn ein Verleiten braucht nicht absichtlich zu erfolgen, man kann auch fahrlässig verleitet werden³⁸, z. B. durch die äußere Erscheinung, durch das bloße Auftreten einer geschäftsunfähigen Person. Im bloßen Verschweigen liegt aber noch kein dolus, dazu gehört immer auch die auf Täuschung zielende Absicht. Das war auch die Meinung der Expertenkommission zum ZGB: Jedes Verschulden genüge, Verschulden sei aber erforderlich^{39 40}. Eine Beschränkung auf den dolus wäre vor allem mit Rücksicht

³⁸ vgl. Rabel 298 ff.; Melliger 152.

auf das Kontrahieren mit urteilsfähigen Entmündigten unge-
rechtfertigt. Wie soll z. B. einem wegen Verschwendungssucht
Bevormundeten die beschränkte Handlungsfähigkeit angesehen
werden? Aber auch bei Verträgen mit Minderjährigen wäre mit
einer solchen Bestimmung sehr wenig geholfen. Allerdings
schließt Art. 7 b des Bundesgesetzes betreffend die zivilrechtli-
chen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter vom
25. Juni 1891 gemäß Art. 59 der Anwendungs- und Einführungs-
bestimmungen zum ZGB die Gefahr aus, die sonst für einen Kon-
trahenten bestünde, falls er mit einem Ausländer kontrahierte,
der nach seinem Heimatrecht noch minderjährig ist, nach schwei-
zerischem Recht dagegen volljährig wäre, indem dieser Artikel
bestimmt, daß sich ein nach dem Recht seines Heimatstaates
nicht handlungsfähiger Ausländer, der in der Schweiz ein
Rechtsgeschäft abgeschlossen hat, auf seine Unfähigkeit nicht
berufen kann, wenn er nach schweizerischem Recht zur Zeit
des Abschlusses handlungsfähig gewesen wäre. Diese Bestim-
mung trägt also den Bedürfnissen des Verkehrs Rechnung⁴¹.
Aber es bleiben immer noch Fälle, in denen ein Kontrahent
durchaus berechtigt ist anzunehmen, er habe einen Handlungs-
fähigen vor sich, d. h. zu dieser Annahme verleitet wird, obwohl
in Tat und Wahrheit der Betreffende minderjährig ist. Immer
dann, wenn nun eine solche Annahme nach den Anschauungen
des Verkehrs berechtigt ist, soll derjenige, in dessen Person
der Mangel liegt, auch verpflichtet sein, den anderen auf seine
Handlungsunfähigkeit aufmerksam zu machen, und für den
Fall, daß er es schuldhaft nicht tut⁴², soll er zum Ersatz des
negativen Interesses verpflichtet sein. In den weitaus meisten
Fällen wird jedoch die äußere Erscheinung des Minderjährigen
eine genügende Mahnung sein, die Frage seiner Geschäfts-
fähigkeit in Betracht zu ziehen, wenn er nicht infolge besonderer

³⁹ Protokoll der Expertenkommission Z. G. B. II 43 ff.

⁴⁰ Diese Regelung findet sich auch im C C fr § 1382, wo ebenfalls
Fahrlässigkeit genügt. Dem BGB dagegen fehlt überhaupt eine solche
Norm.

⁴¹ Diese Bestimmung macht allerdings keinen Unterschied zwischen
gut- und schlechtgläubigen Dritten, obwohl diese Ausnahme vom Prinzip
der *lex patriae* nur gutgläubigen Dritten gegenüber Anwendung finden
sollte.

Entwicklung objektiv den Eindruck eines Volljährigen macht, so daß man seinem Gegenkontrahenten eine Erkundigungspflicht nicht zumuten kann. Dasselbe gilt auch für den Fall, in dem ein minderjähriger Wehrmann als Kontrahent auftritt. Andererseits hat im Fall des Vertragsabschlusses unter Abwesenden jeder Kontrahent die Pflicht, sich über die Persönlichkeit seines Gegenkontrahenten zu vergewissern, ohne daß dadurch eine zu große Beschränkung und Schwerfälligkeit des Verkehrs einträte. Zudem kann sich oft schon aus dem Objekt des Vertrages die naheliegende Möglichkeit ergeben, es könnte sich um einen Minderjährigen handeln, z. B. beim Kauf oder Verkauf von Büchern, Briefmarken usw.

Nachdem die Grenzen der Erkundigungspflicht abgesteckt sind, zeigt es sich, daß die Frage nach dem negativen Interessersatz in den Fällen des Nichtzustandegekommenseins von Verträgen wegen der Minderjährigkeit eines Kontrahenten von minimaler Bedeutung ist. Durch die Erfüllung der meist bestehenden Erkundigungspflicht wird ein Kontrahent entweder die Minderjährigkeit seines Gegners erfahren, oder er wird den Minderjährigen in dolus setzen.

Die Haftung auf Grund von ZGB 411/II ergibt sich bereits aus ZGB 19/III. Dadurch wird der Schutz, den die Rechtsordnung der betreffenden Menschenklasse angedeihen lassen will, keineswegs illusorisch. Sie will sie zwar von der vertraglichen Verpflichtung befreien, nicht aber von der außervertraglichen⁴³. Diese Regelung bedeutet eine gerechte Abwägung ihrer Interessen und den ebenfalls schutzwürdigen Interessen ihrer Umwelt. Es erhebt sich nur noch die Frage, warum sich der Gesetzgeber nicht mit ZGB 19/III begnügte. Mit Rücksicht auf den Umstand, daß ZGB 411/II die urteilsunfähigen Bevormundeten nicht einbezieht und somit bloß einen Anwendungsfall von ZGB 19/III darstellt, ergibt sich, daß jene Bestimmung zwar nicht überflüssig, wohl aber entbehrlich ist⁴⁴.

⁴² Regelmäßig wird die Fahrlässigkeit auch gegeben sein.

⁴³ vgl. Melliger 148.

⁴⁴ vgl. Kaufmann: Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, II Familienrecht, 3. Abt. Vormundschaft (2. A. Bern 1924), Art. 411 N 9 und N 14.

Diesen Ausführungen ist zu entnehmen, daß unser Recht das Vertrauen auf das Zustandekommen des Vertrages, d. h. darauf, daß er zustande kommen werde, nicht schützt.

*B. Negative Interessehaftung auf Grund der in den besonderen
Regelungen ausgedrückten Prinzipien*

**1. Auf Grund des Schutzes des Vertrauens in die Wirksamkeit
des Vertrages**

In OR 26 ist das Vertrauen in die Wirksamkeit des Vertrages als grundsätzlich berechtigt erklärt und geschützt worden. Immer dann, wenn eine Vertragspartei das Vertrauen der Gegenpartei in die Wirksamkeit des Vertrages schuldhaft erweckt und getäuscht hat und auch die Voraussetzungen der Gutgläubigkeit im konkreten Falle erfüllt sind, ist der Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses gegeben.

a. Nichtigkeit des Vertrages

aa. Unzulässigkeit des Vertragsinhalts,
bzw. des Vertragsschlusses.

aaa. Unmöglichkeit des Vertragsinhalts.

aaaa. Ursprüngliche objektive Unmöglichkeit.

In Frage steht hier die tatsächliche Unmöglichkeit der Leistung⁴⁵. Unsere Aufgabe ist es zu prüfen, ob im Falle der Nichtigkeit eines Vertrages infolge dieser Unmöglichkeit (rev. OR 20, alt OR 17) die Voraussetzungen des Anspruchs auf Ersatz des negativen Interesses gegeben sein können. Für den Fall des arglistigen Versprechens einer unmöglichen Leistung ist er allgemein anerkannt⁴⁶, wobei die Beschränkung des negativen Interesseersatzes auf die Höhe des Erfüllungsinteresse-

⁴⁵ Ueber die rechtliche Unmöglichkeit: vgl. hinten § 9/I/B/1/a/aa/bbb.

⁴⁶ vgl. Scherrer 39 N. 12; BGE 40 II 371 ff.; 36 II 203; 49 II 56 ff.

ersatzes mit Recht abgelehnt wird⁴⁷; denn unter dieser Voraussetzung kann keiner jener Gründe vorliegen, die diese Herabsetzung rechtfertigen würden⁴⁸. Zweifel über die Berechtigung dieser Haftung können deshalb nicht bestehen, weil im dolosen Verhalten an sich schon Widerrechtlichkeit liegt. Nun stellt sich aber die Frage nach der negativen Interessehaftung im Falle der fahrlässigen Unkenntnis der Unmöglichkeit der Leistung.

aaaaa. Haftung des Schuldners der unmöglichen Leistung.

Wer eine Leistung in Unkenntnis ihrer Unmöglichkeit verspricht, erweckt und täuscht dadurch das Vertrauen der Gegenpartei in die Wirksamkeit des Vertrages und handelt somit widerrechtlich, falls in concreto dieses Vertrauen berechtigt war, und wird daher im Falle von Fahrlässigkeit auf Grund von OR 41 ersatzpflichtig für den daraus entstandenen Schaden, d. h. für das negative Interesse^{49 50}. Diese Schadenersatzpflicht leitet sich also zwar aus OR 41 ab; aber die Anwendung dieser Bestimmung setzt Widerrechtlichkeit voraus, so daß diese vorerst statuiert werden mußte, was in OR 26 geschehen ist⁵¹.

bbbbbb. Haftung des Gläubigers der unmöglichen Leistung.

Auch der Gläubiger der unmöglichen Leistung kann das

⁴⁷ vgl. hinten § 10/II/C/1/b.

⁴⁸ vgl. hinten § 10/II/C/2.

⁴⁹ a. M. Marcusen 131/132: Als Begründung für die Verneinung des Anspruchs auf Ersatz des negativen Interesses weist er darauf hin, daß für den Fall der Unmöglichkeit der Leistung nur die Bestimmungen OR 119 (alt OR 145) und OR 97 (alt OR 110) in Betracht kommen, wonach entweder das Erfüllungsinteresse oder gar nichts zu ersetzen sei.

⁵⁰ vgl. Becker Art. 20 N 14.

⁵¹ a. M. Oser Art. 20 N 11 ff.: Er erblickt die Widerrechtlichkeit in der Verletzung einer allgemeinen Sorgfaltpflicht, deren Beachtung das Geschäftsleben erfordere. Dieselbe Argumentation: BGE 36 II 203. In diesem wie in anderen Entscheiden, in denen bei Nichtigkeit des Vertrages wegen Unmöglichkeit einer Leistung ein Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses anerkannt wird (z. B. BGE 45 II 554), handelt es sich um Fälle, in denen die betreffende Leistung nicht nur unmöglich, sondern auch widerrechtlich ist. Daraus darf a fortiori der Schluß gezogen werden, daß dieser Anspruch auch bei bloßer Unmöglichkeit gewährt wird.

Vertrauen der Gegenpartei erwecken und täuschen, zwar nicht durch Versprechen dieser Leistung, aber dadurch, daß er die Unmöglichkeit kennt oder kennen sollte, also im Falle, aber auch nur im Falle von Verschulden. Darin liegt die Besonderheit dieser Widerrechtlichkeit, daß sie gegebenenfalls nur im Verschulden gelegen sein kann. Allerdings wird bei der Beurteilung des Wissenmüssens an denjenigen ein weniger strenger Maßstab angelegt werden müssen, dem die fragliche Leistung versprochen worden ist⁵². In dem Fall nun, wo einerseits den Gläubiger ein Verschulden trifft und anderseits der Schuldner gutgläubig ist, muß auch der Gläubiger schadenersatzpflichtig werden^{53 54}.

bbbb. Nachträgliche objektive Unmöglichkeit (Unmöglichwerden einer Leistung).

Die Frage der negativen Interessehaftung kann im Falle des Unmöglichwerdens einer Leistung aktuell werden, wenn auch nach OR 119 (alt OR 145) die Pflicht zur Erbringung einer unmöglichen Leistung nur dann als erloschen gilt, wenn der Schuldner die Umstände nicht zu verantworten hat, die die Leistung unmöglich machen; denn er kann durch Verletzung einer Sorgfalts-, z. B. einer Anzeigepflicht schuldhaft das Vertrauen der Gegenpartei in die Wirksamkeit des Vertrages erwecken und täuschen^{55 56}.

bbb. Widerrechtlichkeit einer versprochenen Leistung.

Nachdem wir uns mit der tatsächlichen Unmöglichkeit beschäftigt haben, wollen wir uns im Rahmen der Behandlung der Widerrechtlichkeit einer Leistung vorerst kurz dem Fall

⁵² vgl. Brock 132.

⁵³ Ausdrücklich ist diese Lösung im BGB § 307/I vorgesehen.

⁵⁴ Ueber die Haftung bei Abtretung einer unmöglichen Forderung: vgl. hinten § 9/II/B/2/b/aa/aaa/ffff.

⁵⁵ Für den Fall dieser Vertrauenserweckung und -täuschung ohne Verschulden: vgl. hinten § 12/I/C/2/a/aa/aaa/bbbb.

⁵⁶ vgl. „Aus der Rechtssprechung des bern. Appellationshofes in Civilsachen“, ZBJV 46 (1910) 551 ff.

der rechtlichen Unmöglichkeit zuwenden. Diese Situation ist dann gegeben, wenn Unmöglichkeit und Widerrechtlichkeit zugleich vorhanden sind, wenn z. B. ein Händler mit einem Ausländer einen Vertrag über Lieferung von Waren abschließt, hinsichtlich welcher ein Ausfuhrverbot besteht: die versprochene Leistung ist nicht nur widerrechtlich, sondern zugleich unmöglich. Dieser Fall ist hinsichtlich der rechtlichen Konsequenzen in gleicher Weise zu behandeln wie derjenige der Widerrechtlichkeit einer versprochenen Leistung überhaupt.

aaaa. Haftung des Schuldners der widerrechtlichen Leistung.

In der Doktrin wird die Frage der Schadenersatzpflicht im Falle der Widerrechtlichkeit der Leistung fast ausnahmslos entweder nicht oder dann im Sinne der Verneinung einer Haftung beantwortet.

Der Umstand, daß auf Grund von OR 66 eine Kondiktion des bereits Geleisteten dann nicht möglich ist, wenn dieses in der Absicht gegeben wurde, einen rechtswidrigen Erfolg herbeizuführen, schließt einen Schadenersatzanspruch im Falle der Widerrechtlichkeit eines Vertrages keineswegs aus⁵⁷; denn wer schon mit seiner Leistung einen rechtswidrigen Erfolg herbeiführen will, der hat selbstverständlich auch keinen Schadenersatzanspruch, weil er ja nicht gutgläubig ist. Freilich geht der Schadenersatzanspruch weiter als dieses Kondiktionsrecht und wäre er daher ohne die Einräumung des letzteren unverständlich. Aber die schadenersatzberechtigte Partei ist eben nicht diejenige, deren Rückforderungsrecht Art. 66 ausschließt.

Das Hauptargument, das gegen die Annahme einer Haftung im Falle der Nichtigkeit des Vertrages wegen Widerrechtlichkeit ins Feld geführt wurde, ist aber folgendes: „Die Rechtsordnung würde in ihrer Reaktion gegen Unsittlichkeit und Widerrechtlichkeit auf halbem Wege stehen bleiben, wenn sie den Vertrag für nichtig erklären und anderseits doch einen Schadenersatzanspruch gewähren würde⁵⁸“. Gegenüber der Auf-

⁵⁷ a. M. Melliger 154.

⁵⁸ vgl. Melliger 154/155; Oser Art. 20 N 60.

fassung, daß das Recht mit der Statuierung der Unwirksamkeit eines Vertrages mit unsittlichem oder widerrechtlichem Inhalt gleichsam das Seine in der Reaktion gegen Unsittlichkeit und Widerrechtlichkeit getan habe, damit also, daß es an die Nichterfüllung keine rechtlichen Folgen knüpft und insoweit gegen Unsittlichkeit und Widerrechtlichkeit zu reagieren trachtet, kann man sich allerdings auf den Standpunkt stellen, daß, wenn das Recht schon im Falle der Unsittlichkeit und der Widerrechtlichkeit die Nichtigkeit des Vertrages statuiert, es also in einer Mißbilligung gegen sie reagiert, es nicht dabei stehen bleiben soll, hinsichtlich der Wirkungen des Vertrages gegen sie vorzugehen, sondern sie auch dadurch bekämpfen soll, daß sie jener Partei, die durch Erweckung und Täuschung ihres Vertrauens in die Wirksamkeit des Vertrages Schaden erlitten hat, keinen Schadenersatzanspruch gibt. Nun ist aber die Situation, in der diese Partei als schadenersatzberechtigt erklärt werden soll, von solcher Natur, daß die Rechtsordnung dadurch nichts unterließe, was der Reaktion gegen Unsittlichkeit und Widerrechtlichkeit diene; denn der Schadenersatzberechtigte müßte gutgläubig sein, während die Gegenpartei ein Verschulden treffen müßte. Eine solche Haftung bedeutete im Gegenteil die weitestgehende Reaktion gegen jenes vom Recht mißbilligte Verhalten. Dagegen fällt Scherrer in einen *circulus vitiosus*, wenn er sagt: „Die Rechtsordnung würde in ihrer Reaktion gegen die Widerrechtlichkeit (zu denken ist hier an die Widerrechtlichkeit, die im Abschluß eines unwirksamen Vertrages, nicht in der Erfüllung einer widerrechtlichen Leistung liegt) ebensosehr auf halbem Wege stehen bleiben, wenn sie den Deliktsanspruch deshalb verweigern würde, weil in dem unwirksamen Vertrag eine widerrechtliche Leistung zugesagt war. Es könnte somit die Rechtsordnung im Kampf gegen die Widerrechtlichkeit nicht konsequent sein, sowohl wenn sie den Anspruch gewährt, als auch wenn sie ihn versagt“⁵⁹. Denn solange noch nicht der Nachweis erbracht ist, daß es in dem Fall, in dem dieser Schadenersatzanspruch in Frage steht, dieselbe Situation gegeben, die Voraussetzung der Widerrechtlichkeit

⁵⁹ vgl. Scherrer 40/41.

erfüllt sein kann, wie in den bereits betrachteten Fällen, in denen der Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses zu bejahen war, darf auch nicht von dieser Voraussetzung ausgegangen werden. Scherrer setzt zwar nicht voraus, daß ein Schadenersatzanspruch auch im vorliegenden Fall gegeben sei, aber er geht von der Prämisse der Widerrechtlichkeit aus, mit deren Vorhandensein aber die Frage gelöst wäre.

Die Frage, ob im Falle der Unwirksamkeit eines Vertrages infolge widerrechtlicher Leistung ein Schadenersatzanspruch zu gewähren sei oder nicht, ist selbständig zu prüfen. Auch wenn sich also die Rechtsordnung auf den Standpunkt stellt, daß ein Vertrag mit widerrechtlichem Inhalt nichtig sei und damit jegliche Sanktion wegen Nichterfüllung ausschließt, so besteht anderseits durchaus die Möglichkeit, daß das Recht eine Schadenersatzklage wegen schuldhafter Vertrauensverletzung und -täuschung durch Abschluß eines solchen Vertrages in fahrlässiger Unkenntnis der Widerrechtlichkeit gewährt. Es erhebt sich nur noch die Frage, ob das Erfordernis Gutgläubigkeit hinsichtlich der Widerrechtlichkeit erfüllt sein könne.

Würde der Grundsatz „ignorantia iuris nocet“ konsequent durchgeführt, so könnte hier von einer Gutgläubigkeit allerdings nicht die Rede sein. Nun wird aber dieser Grundsatz nicht mehr als schlechthin gültig erachtet. In der Regel wird allerdings auf der Seite jeder Partei hinsichtlich des gesetzlichen Verbotes ein Rechtsirrtum vorliegen, falls sie die Widerrechtlichkeit nicht gekannt hat, bezüglich des Rechtsirrtums müssen nun aber sehr strenge Anforderungen gestellt werden. Der Rechtsirrtum ist nur dann entschuldbar, wenn der Betreffende bei Beachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt zu der Auffassung gelangen konnte, es liege keine Widerrechtlichkeit vor. So kann z. B. dem Käufer eines Automobils, dessen Verkäufer ihm verspricht, er werde ihm Fahrunterricht erteilen, nicht zugemutet werden zu wissen, daß dieser dazu nicht befugt ist. Dagegen kann unter Umständen von einem Vertragsteil verlangt werden, sich zu vergewissern, ob der Vertrag nicht etwa deshalb verboten sei, weil der Gegenpartei die Handels-

erlaubnis fehle⁶⁰. In der Prüfung der Frage, ob die Gutgläubigkeit einer Partei gegeben sei, wird der Richter an einen Kaufmann strengere Anforderungen stellen als an eine infolge ihrer beruflichen Stellung in rechtlichen Dingen unerfahrene Person. Einen besonders milden Maßstab wird er an die Ausländer anlegen.

Wenn auch nur in seltenen Fällen die Gutgläubigkeit denkbar ist, so ist dieser Umstand doch kein Grund dafür, die negative Interessenschaftung im Falle der Nichtigkeit eines Vertrages infolge Widerrechtlichkeit schlechthin auszuschließen; denn die Rechtsordnung hat die Pflicht, auch dann Rechtsschutz zu gewähren, wenn die Voraussetzungen, an die es ihn anknüpft, nur sehr selten vorhanden sind. Das Prinzip aber, aus dem diese Haftung abgeleitet wird, ist ein viel umfassenderes als das des Schutzes der Gutgläubigkeit im Falle der Unwirksamkeit des Vertrages wegen Widerrechtlichkeit.

Die im Zusammenhang mit der Betrachtung der Unmöglichkeit der Leistung zitierten BGE⁶¹ anerkennen eine Schadenersatzpflicht desjenigen, der schuldhaft in Unkenntnis darüber ist, daß eine Leistung gegen einen Rechtssatz verstößt, gegenüber der gutgläubigen Gegenpartei. Diese Rechtssprechung entspricht der ausdrücklichen Bestimmung BGB 309, die die Anwendung von § 307 auf einen solchen Vertrag vorsieht, der gegen ein gesetzliches Verbot verstößt.

Die Widerrechtlichkeit braucht nun aber nicht in einem Verstoß gegen ein ausdrückliches Verbotsgesetz zu liegen. Sie kann auch aus dem Zusammenhang von Normen hergeleitet werden, die das Verbot nicht ausdrücklich enthalten⁶². Wenn immer eine Leistung widerrechtlich ist, hat die schuldige Partei der gutgläubigen das negative Interesse zu ersetzen. Dieses Prinzip findet aber auch auf den Fall Anwendung, in dem nicht eine vertragliche Leistung, sondern der Abschluß des Vertrages an sich widerrechtlich ist⁶³.

⁶⁰ vgl. Staudinger II § 309, 2a.

⁶¹ vgl. BGE 36 II 203; 45 II 554.

⁶² vgl. BGE 47 II 179.

bbbb. Haftung des Gläubigers der widerrechtlichen Leistung.

Der Gläubiger einer widerrechtlichen Leistung wird, ebenso wie der Gläubiger einer unmöglichen Leistung, unter den bekannten Voraussetzungen schadenersatzpflichtig werden. Hinsichtlich der Gutgläubigkeit wird allerdings derjenige Vertragsteil eher strenger beurteilt, der die widerrechtliche Leistung versprochen hat. Die Widerrechtlichkeit der Vertrauenserrückung und -täuschung ist auch hier nur im Falle von Verschulden möglich⁶⁴.

ccc. Verstoß gegen die guten Sitten als besondere Art der Widerrechtlichkeit.

aaaa. Widerrechtlichkeit infolge Verletzung von Rechtsgütern.

Der Inhalt eines Geschäfts, der gegen die guten Sitten verstößt, braucht nicht im Versprechen einer Handlung, einer Unterlassung oder eines Duldens zu bestehen, durch welches Verhalten solche Güter verletzt werden, die nach ethischer Anschauung mehr wiegen als die Vertragsfreiheit, sondern er kann auch im Versprechen eines solchen Verhaltens liegen, durch welches Güter verletzt werden, die zugleich Rechtsgüter sind, wie das bei den Persönlichkeitsrechten der Fall ist. Ein Vertrag, der auf Verletzung solcher Rechtsgüter gerichtet ist, verstößt nicht nur gegen die guten Sitten, sondern ist zugleich rechtswidrig⁶⁵. Es kann aber hinsichtlich der rechtlichen Folgen im Falle entstandenen Schadens nicht ausschließlich auf die Ausführungen zum Fall der Nichtigkeit des Vertrages wegen Widerrechtlichkeit hingewiesen werden; denn das Moment der Sittenwidrigkeit führt zu einer besonderen Prüfung der Frage der Gutgläubigkeit. Andererseits hat das neben der Sittenwidrig-

⁶³ Z. B. Geschäfte über Waren mit einer Person, die dazu keine Erlaubnis hat oder Geschäfte zwischen solchen Personen. Die Leistung an sich ist nicht widerrechtlich.

⁶⁴ vgl. vorn § 9 I/B/1/a/aa/aaa/aaaa/bbbbbb.

⁶⁵ vgl. Oser Art. 20 N 31.

keit bestehende Moment der Widerrechtlichkeit auf die Beantwortung der Frage des negativen Interessesersatzes gar keinen Einfluß, so daß wir die Schadenersatzfolgen im Falle der Nichtigkeit von Verträgen wegen Unsittlichkeit bei gleichzeitiger Rechtswidrigkeit und wegen bloßer Unsittlichkeit unter dem gemeinsamen Gesichtspunkt des Verstoßes gegen die guten Sitten betrachten können. Dies würde umso eher dann zutreffen, wenn es richtig wäre, daß mit der Statuierung der Nichtigkeit des Vertrages im Falle der Unsittlichkeit schlechtweg die Rechtswidrigkeit eines gegen die guten Sitten verstoßenden Vertrages ausgedrückt würde.

bbbb. Widerrechtlichkeit auf Grund der Statuierung der Nichtigkeit unsittlicher Verträge.

Ein unsittlicher Vertrag kann auch dann vorliegen, wenn er kein Rechtsgut verletzt, sondern nur einen Verstoß gegen das ethische Empfinden bedeutet. Dadurch aber, daß die Rechtsordnung einen solchen Verstoß in der Weise sanktioniert, daß sie den darauf gerichteten Vertrag für nichtig erklärt, verbietet sie das Versprechen eines gegen die guten Sitten verstoßenden Verhaltens, den Abschluß eines unsittlichen Vertrages überhaupt und begründet damit die Rechtswidrigkeit einer Zuwiderhandlung.

In der Unsittlichkeit ist also in jedem Fall eine Rechtswidrigkeit zu erblicken, so daß uns nunmehr die Prüfung der Frage obliegt, inwieweit hinsichtlich der Unsittlichkeit des Vertrages etwas anderes gilt als hinsichtlich dessen Widerrechtlichkeit bezüglich der negativen Interessehaftung. Was die Widerrechtlichkeit der Vertrauenserweckung und -täuschung anbetrifft, so kann eine verschiedene Behandlung nicht in Betracht fallen, was das Verschulden anbetrifft jedoch in dem Sinne, daß im Falle der Unsittlichkeit eine strengere Beurteilung hinsichtlich des Wissenmüssens eintreten muß. Da es sich hier nicht darum handeln kann festzustellen, ob im Falle der Unsittlichkeit des Vertrages einer Vertragspartei überhaupt der Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses zustehen könne

oder nicht, d. h. ob die Rechtsordnung im Falle der Nichtigkeit aus diesem Grunde überhaupt eine Gutgläubigkeit als möglich erachten wolle⁶⁶, sondern darum zu untersuchen, unter welchen Voraussetzungen von Gutgläubigkeit die Rede sein kann, wo die Grenze der Vertrauensberechtigung zu ziehen ist, so ist die Frage nach dem Vorliegen der Gutgläubigkeit zugleich die Frage nach dem Verschulden. Zu ihrer Behandlung müssen wir die einzelnen Fälle des Verstoßes gegen die guten Sitten ins Auge fassen. Die Einteilung der Gruppen, die ich zu diesem Zwecke vorgenommen habe, ist unabhängig von der bereits erfolgten in die Fälle der selbständigen und in die der unselbständigen Widerrechtlichkeit des unsittlichen Vertrages⁶⁷.

cccc. Die einzelnen Typen des Verstoßes gegen die guten Sitten.

aaaaa. Unsittlichkeit des Vertragsinhalts.

Die unsittliche Handlung, Unterlassung oder Duldung kann an sich unsittlich sein, also unmittelbar einen Verstoß gegen die guten Sitten bedeuten, oder der Zweck der Abmachung kann unsittlich sein, d. h. der Inhalt des Vertrages fördert mittelbar die Unsittlichkeit.

aaaaaa. Unmittelbarer Verstoß gegen die guten Sitten.

Ein unmittelbarer Verstoß gegen die guten Sitten innerhalb der Unsittlichkeit des Vertragsinhalts ist dann gegeben, wenn eine versprochene Leistung an sich schon unsittlich ist, wenn also durch sie irgendein solches ethisches Gut verletzt

⁶⁶ Denn die Widerrechtlichkeit der Vertrauenserweckung und -täuschung ist zweifellos gegeben, und auch die Gutgläubigkeit ist durchaus möglich, wenn auch seltener als im Falle der Widerrechtlichkeit des Vertrages.

⁶⁷ Selbständige Widerrechtlichkeit: Verstoß gegen die guten Sitten und Verletzung eines Rechtsgutes; unselbständige Widerrechtlichkeit: Verstoß gegen die guten Sitten, der durch die daran anknüpfende Sanktion als widerrechtlich qualifiziert wird.

wird, das den Ausschluß der Vertragsfreiheit in diesem Rahmen rechtfertigt.

bbbbbb. Mittelbarer Verstoß gegen die guten Sitten.

Es handelt sich hier nicht um einen Vertragsinhalt, der an sich unsittlich wäre; aber er fördert auf mittelbarem Wege die Unsittlichkeit. Der Zweck der Abmachung verstößt gegen die guten Sitten, sie bildet das Mittel zum moralwidrigen Erfolg und wird dadurch selbst unsittlich, allerdings unter einem noch zu betrachtenden, wichtigen Vorbehalt. Eine solche Sittenwidrigkeit liegt z. B. im pactum stupri⁶⁸ oder im Kauf oder in der Miete eines Hauses zum bewußten Zweck des Betriebes eines Bordells⁶⁹. In all diesen Fällen steht die Förderung der Unsittlichkeit mit dem Vertragsinhalt nur in mittelbarem Zusammenhang. Aus diesem Grunde darf hier nicht ein so strenger Maßstab angelegt werden bezüglich der Sanktionierung der Unsittlichkeit im Sinne der Nichtigkeitklärung. Es kann daher nicht genügen, wenn sich eine Partei des unsittlichen Zwecks bewußt ist; andernfalls käme man dazu, daß ein Vertrag schon dann wegen Unsittlichkeit nichtig wäre, wenn mit einer in ihm versprochenen Leistung eine Partei eine unsittliche Handlung zu begehen beabsichtigt. So muß es z. B. im Falle der Vermietung von Lokalen zu jenen unsittlichen Zwecken erforderlich sein, daß beide Parteien sich der Natur dieses Zweckes bewußt waren. Ebenso wenig genügt es aber, daß sie sich darüber zwar hätten im klaren sein müssen, sich darüber aber nicht im klaren waren.

Daraus folgt nun, daß, wenn ein Vertrag deshalb als nichtig erklärt wird, weil sein Inhalt mittelbar, in seinem Zweck gegen die guten Sitten verstößt, keine Partei schadenersatzberechtigt sein kann, da das Erfordernis der Gutgläubigkeit in keinem Fall erfüllt ist. Anders liegen die Dinge im Falle des unmittelbaren Verstoßes des Vertragsinhalts gegen die guten Sitten. Die Frage, ob in diesem Fall unter Umständen Gutgläubigkeit einer

⁶⁸ vgl. BGE 18, 328.

⁶⁹ Weitere Beispiele: vgl. Oser Art. 20 N 45.

Vertragspartei angenommen werden könne, wird zwar von der herrschenden Meinung bejaht, aber nur für den Fall, in dem einem Kontrahenten die Tatumstände, die die Unsittlichkeit des Vertrages bewirken, nicht bekannt sind; nur dann könne es überhaupt vorkommen, daß eine Vertragspartei ohne Schuld nicht wisse, gutgläubig sei, nicht dagegen, wenn ihr die Tatumstände bekannt seien, sie sich aber über deren Wirkungen nicht bewußt werde; denn das Nichtwissen dieser unmittelbaren Sittenwidrigkeit schade schlechtweg⁷⁰. Nun ist es aber durchaus denkbar, daß die Parteien verschiedenen nationalen Rechtskreisen angehören, die in ihren Anschauungen wesentlich voneinander abweichen, was allerdings nur im Falle des Kontrahierens zwischen Ausländern in Betracht fällt. Wenn nun ein solcher Vertrag wegen Sittenwidrigkeit nichtig ist, so kann diejenige Partei, deren Recht nicht zur Anwendung gekommen ist, nicht dafür verantwortlich gemacht werden, daß ihr Empfinden auf anderer sittlicher Grundlage beruht, sodaß die Voraussetzungen der negativen Interessehaftung gegeben sein können. Haben wir schon im Falle der Widerrechtlichkeit des Vertrages festgestellt, daß ein Ausländer im Falle der Unkenntnis gutgläubig sein kann, so gilt das noch viel mehr für den Fall des Verstoßes gegen die guten Sitten⁷¹. Andererseits haben wir festgestellt, daß unter Umständen auch im Falle eines Vertrages zwischen Schweizern Gutgläubigkeit hinsichtlich der Widerrechtlichkeit eines Vertrages möglich ist, hinsichtlich der Unsittlichkeit ist jedoch in diesem Fall schlechtweg ein Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses ausgeschlossen, wenn eine Partei die Folgen solcher Tatumstände, die in der Bewirkung der Unsittlichkeit und damit der Nichtigkeit des Vertrages bestehen, zwar nicht kennt, dagegen mit diesen Tatumständen selbst bekannt ist⁷²; denn das Recht kann nicht die Stufe des Empfindens des einzelnen als rechtlich erheblich betrachten,

⁷⁰ vgl. Scherrer 42; Planck II/2, § 309, 2; Staudinger II § 309, 3.

⁷¹ Freilich im Rahmen des „ordre public“.

⁷² Eine entschuldbare Unkenntnis dieser Tatsachen ist nicht möglich im Falle des unmittelbaren Verstoßes gegen die guten Sitten, dagegen im Falle der mittelbaren Sittenwidrigkeit des Vertragsinhalts. Aber die Bedingungen der Nichtigkeit sind so, daß Gutgläubigkeit doch nicht möglich ist.

sondern es muß mit dem Maßstab derjenigen des ganzen Volkes diejenige eines ihrer Angehörigen beurteilen. Ein Anspruch auf negativen Interesseersatz für den Fall der Kenntnis der für die Unsittlichkeit maßgebenden Tatumstände kommt also überhaupt nur für einen Ausländer in Betracht⁷³. Kuhlenbeck ist jedoch der Ansicht, daß auch der Ausländer sich nicht darauf berufen könne, daß er in anderen sittlichen Anschauungen aufgewachsen sei; denn die guten Sitten hätten zwingenden Charakter⁷⁴. Dieser Umstand kann sich nun aber nur insofern auswirken, als ein Verstoß gegen sie die Nichtigkeit des betreffenden Vertrages zur Folge hat, ohne Rücksicht darauf, ob nach dem betreffenden Recht der Vertrag auch aus diesem Grunde nichtig wäre. Die Frage der Schadenersatzpflicht ist aber unabhängig davon zu beantworten; denn da der Ersatz des negativen Interesses einerseits Gutgläubigkeit voraussetzt und die Gegenpartei andererseits ein Verschulden treffen muß, so wird damit der Unsittlichkeit nicht im geringsten Vorschub geleistet.

Die negative Interessehaftung kann wiederum beide Parteien erfassen⁷⁵.

bbbbb. Unsittlichkeit des Vertragsabschlusses.

Eine Leistung, die an sich nicht unsittlich wäre, wird es durch die Umstände, die zum Abschluß des Vertrages führen; die Unsittlichkeit des Vertrages ist hier also unabhängig vom Vertragsinhalt. Die Gliederung dieser Fälle nehme ich unter dem Gesichtspunkt der Gutgläubigkeit und damit der Möglichkeit eines negativen Interesseersatzes vor.

aaaaaa. Unsittlichkeit des Vertragsabschlusses an sich⁷⁶.

In allen Fällen der Unsittlichkeit des Vertragsabschlusses

⁷³ Freilich immer nur im Rahmen der Unsittlichkeit des Vertragsinhalts.

⁷⁴ vgl. Staudinger II § 309, 3.

⁷⁵ vgl. vorn § 9/I/B/1/a/aa/aaa/aaaa/bbbbbb und § 9/I/B/1/a/aa/bbb/bbbb.

⁷⁶ Unsittlich ist hier die Verpflichtung im Sinne des Versprechens einer bestimmten Leistung, des Sich-Verpflichtens, einer Tätigkeit also, nicht eines Ergebnisses.

an sich handelt es sich um einen unmittelbaren Verstoß gegen die guten Sitten.

aaaaaaa. Verpflichtung zu einem Verhalten, das Ausfluß freien Entschlusses sein sollte.

Es handelt sich hier um Verpflichtungen, die ihrem ganzen Wesen nach nicht Gegenstand eines Vertrages sein sollten, so die Verpflichtung, die Religion zu wechseln oder nicht zu wechseln, eine bestimmte Ehe einzugehen oder nicht einzugehen^{77 78}.

Habe ich bei der Beantwortung der Frage der Schadenersatzpflicht im Falle der Unsittlichkeit des Vertragsinhaltes festgestellt, daß Gutgläubigkeit nicht angenommen werden könne, die Kenntnis der Tatumstände vorausgesetzt, es sei denn, es handle sich um einen Ausländer, so kann sie wohl im vorliegenden Fall nicht schlechthin ausgeschlossen werden. Andernfalls — so scheint es mir — würden zu hohe Anforderungen an das ethische Empfinden des Durchschnittsmenschen gestellt; denn unsittlich ist hier ja nicht der Inhalt des Vertrages an sich, sondern der Inhalt als Gegenstand des Vertrages. Um sich dessen bewußt werden zu können, ist doch ein ziemlich feines ethisches Empfinden erforderlich. Aus diesem Grunde muß dem Richter die Möglichkeit gegeben werden für den Fall, daß die hierfür erforderlichen konkreten Umstände gegeben sind, Gutgläubigkeit anzuerkennen und einen Schadenersatzanspruch zu gewähren.

bbbbbbb. Unsittlichkeit der Verpflichtung zu einem Verhalten, das die Freiheit übermäßig beschränkt.

In diesem Fall handelt es sich um eine weitergehende Beschränkung als die, welche in jedem Vertrag enthalten ist. Es muß nun ein besonderer Grund vorliegen, damit von einer Ueberschreitung der Freiheitsbeschränkung gesprochen werden kann⁷⁹. Auch hier liegt die Unsittlichkeit nicht im Vertrags-

⁷⁷ Anders verhält es sich mit dem gegenseitigen Eheversprechen: vgl. ZGB 90 ff.

⁷⁸ vgl. Oser Art. 20 N 33.

⁷⁹ Beispiele: vgl. Oser Art. 20 N 37 ff.

inhalt, sondern im Vertragsabschluß. Dieser ist aber nicht deshalb unsittlich, weil eine bestimmte Leistung überhaupt, sondern nur deshalb, weil sie in übertriebenem Maße zum Gegenstand eines Vertrages gemacht wurde. Die Beschränkung der Freiheit liegt nur im Uebermaß, nicht in der Uebernahme der betreffenden Verpflichtung an sich. Auch hier ist zwar einerseits der Inhalt des Vertrages nicht unsittlich und besteht anderseits die Sittenwidrigkeit im Geschäftsabschluß an sich; dennoch sehe ich einen gewissen Unterschied in dieser Situation gegenüber der eben besprochenen: während es sich dort um eine Verpflichtung zu einem Verhalten handelt, zu dem sich der Verpflichtete ebenso gut hätte entschließen können, ohne sich vertraglich zu binden, so ist doch eine Beschränkung der Freiheit aus freien Stücken nicht das Normale, sie ist im Gegenteil etwas Außergewöhnliches. Jedenfalls wird man im letzteren Fall strenger sein müssen in der Anerkennung der Gutgläubigkeit. Es sind immerhin Fälle denkbar, in denen eine Partei hat annehmen dürfen, es sei eine vertragliche Uebernahme einer solchen Verbindlichkeit nicht unsittlich, z. B. wenn für die betreffende Verpflichtung ein hohes Entgelt vereinbart wurde. Die Erkenntnis, daß auch unter solchen besonderen Umständen eine vertragliche Verpflichtung, die eine übermäßige Beschränkung der Freiheit bedeutet, gegen die guten Sitten verstößt, stellt ebenso hohe Anforderungen wie das Bewußtsein der Unsittlichkeit einer Verpflichtung zu einem Verhalten, das seiner Natur nach Ausfluß freien Entschlusses sein sollte. Aus diesem Grunde kann auch im Falle der Verpflichtung zu einem Verhalten, das die Freiheit übermäßig beschränkt, Gutgläubigkeit anerkannt werden, aber nur, wenn besondere Umstände vorliegen, die das Nichtwissen rechtfertigen. Freilich könnte auch die Ansicht vertreten werden, daß die Gutgläubigkeit noch eher dann anerkannt werden müsse, wenn eine solche Leistung zum Gegenstand eines Vertrages gemacht wird, die nur wegen ihres Uebermaßes als unsittlich erscheint, an sich aber durchaus zulässig ist, als in dem Fall, in welchem die Unsittlichkeit schon darin liegt, daß überhaupt eine bestimmte Leistung einen Vertragsgegenstand bildet. Ob man sich für diese oder jene Ansicht entschei-

det, hängt von der Auffassung darüber ab, in welcher Richtung ein und dasselbe ethische Empfinden den Menschen eher vor die Entscheidung stellt, ob er ihm entsprechen oder ihm zuwider handeln wolle, ob in der Richtung der Verpflichtung zu einem Verhalten, das Ausfluß freien Entschlusses sein sollte oder in der Richtung der Verpflichtung zu einem Verhalten, das die Freiheit übermäßig beschränkt.

bbbbbb. Unsittlichkeit des Vertragsabschlusses wegen des Entgelts für eine bestimmte Verpflichtung⁸⁰.

aaaaaaa. Unmittelbarer Verstoß gegen die guten Sitten.

Weder der Inhalt der Leistung noch die Verpflichtung zur Leistung an sich verstößt gegen die guten Sitten, sondern die Sittenwidrigkeit liegt darin, daß eine gewisse Verpflichtung gegen ein Entgelt übernommen wird. Das Versprechen wird dadurch unsittlich, daß es mit ökonomischen Leistungen verbunden ist, obwohl z. B. das Geld, überhaupt materielle Vorteile dabei keine Rolle spielen sollten. Als Beispiel mag genannt werden das Versprechen, einen Strafantrag nicht zu stellen. Dagegen ist die Verpflichtung zur Erbringung einer sonst unentgeltlichen Leistung gegen Entgelt regelmäßig nicht unsittlich, so z. B. wenn dispositive Gesetzesnormen die Unentgeltlichkeit vorsehen, wie im Falle des Darlehens und der Bürgschaft, auch wenn sonst ein Entgelt sich mit der Natur einer Leistung nicht vereinbaren läßt, wie das bei der Bürgschaft der Fall ist⁸¹.

Hier ist also nicht nur der Inhalt des Vertrages, sondern auch das Versprechen an sich nicht unsittlich, sondern die Verpflichtung wird erst durch das Hinzutreten eines Entgelts sittenwidrig. Auf den ersten Blick möchte es nun scheinen, als ob in diesem Fall am ehesten Gutgläubigkeit hinsichtlich der Unsittlichkeit anerkannt werden könne, indem die Unkenntnis

⁸⁰ Unsittlich ist hier die Verpflichtung im Sinne des Versprechens einer bestimmten Leistung wegen des Entgelts.

⁸¹ vgl. Oser Art. 20 N 34 ff.

der Sittenwidrigkeit, die bloß in einem Entgelt für ein durchaus nicht unmoralisches Verhalten besteht, noch am ehesten entschuldigt werden könne. Bei näherer Betrachtung zeigt sich aber, daß hier mit einem ebenso strengen Maßstab gemessen werden muß wie im Falle der Unsittlichkeit des Inhalts des Vertrages, bzw. des Versprechens einer Leistung an sich. Es ist zum Erkennen dieser Unsittlichkeit jedenfalls nicht jenes sittliche Feingefühl erforderlich wie im Falle der Unsittlichkeit der Verpflichtung an sich: es muß im Gegenteil von jedermann verlangt werden zu erkennen, daß im Entgelt für eine Leistung, mit deren Charakter es in Widerspruch steht und durch welches daher das Versprechen jener Leistung in ihrem Wesen vollständig verändert wird, eine Sittenwidrigkeit liegt.

Aus diesem Grunde müssen wir im Falle der Nichtigkeit des Vertrages infolge dieses Verstoßes gegen die guten Sitten ohne Rücksicht auf die konkreten Umstände einen Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses ausschließen⁸², allerdings mit der Einschränkung, daß im Verkehr mit Ausländern Gutgläubigkeit denkbar ist.

bbbbbbb. Mittelbarer Verstoß gegen die guten Sitten.

Auch hier ist weder die Leistung noch das Versprechen eines Verhaltens an sich unsittlich; die Verpflichtung wird hier aber dadurch sittenwidrig, daß sie irgendwie mit finanziellen Vorteilen verbunden ist. Es handelt sich dabei zwar nicht um ein eigentliches Entgelt, dagegen doch um Vorteile, die mit der versprochenen Leistung in engstem Zusammenhang stehen und mit ihrer Natur unvereinbar sind. Der Vertrag fördert dadurch die Unsittlichkeit und ist darum nichtig, aber nur unter der Voraussetzung, daß beide Parteien von diesen Vorteilen Kenntnis haben⁸³. Daraus folgt, daß, wenn schon ein Vertrag infolge

⁸² Das bedeutet nicht etwa einen Widerspruch dazu, daß die Frage der Gutgläubigkeit unter Berücksichtigung aller konkreten Begleitumstände beantwortet werden muß; denn diese Regel gilt nur unter der Voraussetzung, daß die Rechtsordnung überhaupt Gutgläubigkeit anerkennen, das betreffende Vertrauen schützen will.

⁸³ Die Begründung dafür habe ich bei der Behandlung des mittelbaren Verstoßes gegen die guten Sitten durch die Unsittlichkeit des In-

dieser Sittenwidrigkeit nichtig ist und sich daher unter Umständen die Frage nach dem Schadenersatz stellt, es in jedem Falle auf beiden Seiten an Gutgläubigkeit fehlt, ein Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses also niemals gegeben sein kann.

Diesen Ausführungen über die Nichtigkeit wegen Unsittlichkeit ist zu entnehmen, daß nicht nur im Falle der Unsittlichkeit des Inhalts, sondern daß auf Grund der erweiterten Fassung der Unsittlichkeit von rev. OR 20 gegenüber derjenigen von alt OR 17 noch in vielen anderen Fällen der Vertrag wegen Unsittlichkeit nichtig ist. Dagegen geht das Bundesgericht zu weit, wenn es einen Vertrag schon dann als unsittlich betrachtet, wenn er durch die Verwerflichkeit der Gesinnung das sittliche Gefühl verletzt⁸⁴; denn die Rechtsordnung hat nicht die Aufgabe, die inneren Vorgänge eines Menschen zu sanktionieren; denn sie könnte sie nicht erfüllen. Nur soweit kann das Recht diese Motive der Parteien erfassen, als sie im Geschäftsinhalt oder im Geschäftsabschluß zum Ausdruck kommen. Unter dieser Voraussetzung ist es aber auch nicht mehr bloß die Verwerflichkeit der Gesinnung, die sanktioniert wird. Das Argument Oser's gegen eine solche Ausdehnung, es müßte dann auch das Geschäft nichtig sein, das durch Furchterregung oder absichtliche Täuschung zustande gekommen sei⁸⁵, scheint mir dagegen nicht zutreffend; denn wo immer die Motive nach außen hin zur Auswirkung kommen, da soll sie die Rechtsordnung berücksichtigen und sanktionieren. Hätte das Recht nun in unserem Fall die Mittel dazu, so müßte es den am einen Ort begangenen Fehler nicht in konsequenter Weise auch an einem andern Ort begehen. Oser wird nun allerdings davon ausgehen, daß die bestehende Regelung der Furchterregung und der absichtlichen Täuschung den Verhältnissen durchaus angemessen sei. Eine Begründung dafür gibt er aber nicht, obwohl der Anlaß dazu zweifellos gegeben wäre im Zusammenhang mit der Betrachtung der Unsittlichkeit des Geschäftsabschlusses. Nach meinem

halts des Vertrages gegeben: vgl. vorn § 9/I/B/1/a/aa/ccc/cccc/aaaaa/bbbbbb.

⁸⁴ vgl. BGE 26 II 142.

⁸⁵ vgl. Oser Art. 20 N 46.

Dafürhalten soll für die Beantwortung dieser Frage die Regel gelten, daß das Recht überall da den Motiven rechtliche Erheblichkeit zukommen lassen soll, wo sie sie erfassen kann, und daß sich das Recht nur dort passiv verhalten soll, wo es zu dieser Stellungnahme keine Gelegenheit hat, nicht aber schlechtweg — das Strafrecht ausgenommen —, nach dem Grundsatz, das Recht habe sich mit den Beweggründen, den inneren Vorgängen des Menschen, nicht zu befassen, an sie keine Rechtsfolgen zu knüpfen.

Die Widerrechtlichkeit der Vertrauenserweckung und -täuschung ist im Falle der Nichtigkeit des Vertrages wegen Unsittlichkeit ohne Verschulden nur auf Seiten derjenigen Vertragspartei möglich, die eine unsittliche Leistung verspricht⁸⁶.

bb. Formmangel.

Geschäfte, die an einem Formmangel leiden, gelten in der Regel nicht als unvollendet, sondern als nichtig (rev. OR 11, 16, alt OR 9, 14)⁸⁷. Aber auch in den Ausnahmefällen kann das Vertrauen in die Wirksamkeit des Vertrages erweckt und getäuscht sein; denn der Vertrag ist zustande gekommen⁸⁸.

Da nun die Parteien nur infolge Rechtsirrtums zu Schaden kommen können, so stellt sich sowieso nur die Frage, ob ein Anspruch auf Ersatz dieses Schadens wenigstens für jene Personen in Betracht fallen könne, denen der Rechtsirrtum bis zu einem gewissen Grade nachgesehen wird. Die herrschende Meinung erachtet es nun als selbstverständlich, daß der Rechtsirrtum nur soweit berücksichtigt werden könne, als der Irrende dadurch keinen Rechtsnachteil erleide, daß man jedoch nicht soweit gehen könne, ihn nicht nur nicht anderen gegenüber durch den Rechtsirrtum für verpflichtet zu halten, sondern andere sogar ersatzpflichtig zu machen für Schäden, die bei ihm

⁸⁶ vgl. hinten § 12/I/C/1.

⁸⁷ vgl. Tuhr I 214, 224; Oser Art. 20 N 16; Entscheid des Obergerichtes des Kantons Luzern: SJZ 31, 362.

⁸⁸ Das Kriterium für das äußerliche Zustandekommen des Vertrages ist die Uebereinstimmung rechtlich beachtlicher Willenserklärungen. Aus diesem Grunde kommt einerseits mit einem Urteilsunfähigen überhaupt kein Vertrag zustande, andererseits kommt er trotz eines Formmangels zustande.

selbst eingetreten sind; denn man könne wohl niemanden für die Unkenntnis eines anderen büßen lassen. In der Tat ist auch noch kein Urteil ergangen, das denjenigen für Schadenersatzpflichtig erklärt hätte, der fahrlässig⁸⁹ eine Formvorschrift verletzt hat, sei es, daß er sie nicht gekannt hat, aber hätte kennen sollen, sei es, daß er sie zwar kennt, aber nicht beobachtet und damit dem gutgläubigen Gegenkontrahenten Schaden verursacht hat. Gerade damit, daß im Falle der Nichtigkeit wegen eines Formmangels eine solche Schadenersatzpflicht niemandem auferlegt werden könne, ist in der Doktrin die Auffassung begründet worden, daß der schuldhafte Abschluß eines unwirksamen Vertrages nicht schadenersatzpflichtig machen könne⁹⁰.

Eine Haftung bei formnichtigen Verträgen wird daher nur in folgenden Fällen anerkannt:

1) Haftung bei arglistiger Erweckung des Vertrauens in die Wirksamkeit des Vertrages.

a. Arglistige Herbeiführung des Formmangels bei dessen Unkenntnis auf seiten der anderen Partei.

Wenn eine Partei arglistig einen Formmangel herbeiführt und den Gegenkontrahenten im Glauben läßt, der Vertrag sei formgerecht abgeschlossen, oder wenn sie zwar nicht im Bewußtsein der Formnichtigkeit einen Vertrag geschlossen hat, aber nachher Kenntnis vom Formmangel erhält, die Gegenpartei aber absichtlich an ihre vertragliche Gebundenheit glauben läßt⁹¹, dann werden die Voraussetzungen einer Haftung als gegeben erachtet.

b. Arglistige Nichtbehebung des Formmangels bei dessen beiderseitiger Kenntnis.

Eine Vertragspartei läßt die andere arglistig im Glauben,

⁸⁹ Bei *dolus* wird unsere Frage gar nicht aktuell, weil da sowieso ein Schadenersatzanspruch gegeben ist.

⁹⁰ vgl. Melliger 160/61; Rabel 319; Klein: Zur Lehre vom sogenannten negativen Vertragsinteresse, DJZ XI (1906) S. 596.

⁹¹ vgl. Becker Art. 11 N 15.

sie werde den Formmangel beheben. Auch in diesem Fall ist derjenige Schaden zu ersetzen, der mit dem arglistigen Verhalten im Kausalzusammenhang steht⁹².

2) Zulassung der Einrede der Arglist gegen die Berufung auf Formnichtigkeit.

Das Reichsgericht hat in einem solchen Fall den Vertrag als gültig behandelt⁹³.

Nun ist aber der Grundsatz, daß die Unkenntnis des Rechts jedermann zu seinem eigenen Nachteil wirke, nicht mehr ohne jeden Vorbehalt anerkannt⁹⁴. Freilich wird man in den seltensten Fällen die Unkenntnis eines Formmangels entschuldigen können, so daß die Ablehnung einer Schadenersatzberechtigung im Falle der Fahrlässigkeit auf der Gegenseite praktisch zum selben Ergebnis führt wie die grundsätzliche Anerkennung einer solchen. Aber abgesehen davon, daß es nicht ausgeschlossen ist, daß eine Partei in entschuldbarer Unkenntnis über einen Formmangel ist, indem sie z. B. gewisse tatsächliche Verhältnisse der Gegenpartei entschuldbar nicht kennt, die eine besondere Form verlangen, bei einer Bürgschaft z. B. das Vorliegen einer Ehe auf seiten des Bürgen, so darf der Grundsatz „error iuris nocet“ auch mit Rücksicht auf die Bildung, auf die berufliche Stellung des Irrenden nicht unbedingt angewendet werden⁹⁵.

Aus diesem Grunde muß auch im Falle der Nichtigkeit des Vertrages wegen eines Formmangels das Nichtwissen als möglicherweise entschuldbar betrachtet und darum die grundsätzliche Möglichkeit der Gutgläubigkeit anerkannt werden, so daß unter der Voraussetzung des Verschuldens einerseits und des Vorhandenseins der für die Anerkennung der Gutgläubigkeit erforderlichen konkreten Umstände andererseits ein Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses gewährt werden muß.

⁹² vgl. BGE 49 II 54 ff.

⁹³ vgl. RGE 107, 180 ff.; Kritik dieser Entscheidung: Oertmann § 125, Bem. 3c, bb zu II.

⁹⁴ vgl. Planck II/2, § 309, 1a.

⁹⁵ vgl. die Ausführungen über die Widerrechtlichkeit: vorn § 9/I/B/1/a/aa/bbb.

b. Relative Nichtigkeit (Einseitige Unverbindlichkeit)

Das Kriterium für die folgende Einteilung in offenbaren und versteckten Willensmangel ist das Wissen des Anfechtenden.

aa. Offenbarer Willensmangel (Furchterregung).

aaa. Furchterregung seitens des Gegenkontrahenten.

Es ist sehr wohl denkbar, daß der Bedrohte Aufwendungen macht, die er ohne die Drohung nicht gemacht hätte. Er kann dies unter dem Einfluß der Drohung tun oder auch nach Beseitigung der Drohung. In jenem Fall macht er seine Aufwendungen nicht im Vertrauen in die Wirksamkeit des Vertrages und kann daher auch nicht Ersatz von Vertrauensschaden beanspruchen, sondern nur wegen dolus auf Schadenersatz klagen. Aber auch den Schaden, der erst nach Beseitigung der Drohung entstanden ist, erleidet er nicht in berechtigtem Vertrauen in die Wirksamkeit des Vertrages⁹⁶.

Aus diesem Grunde kommt nicht nur kein Anspruch des Drohenden auf Ersatz des negativen Interesses, sondern ebenso wenig ein solcher des Bedrohten in Betracht.

bbb. Furchterregung seitens eines Dritten.

aaaa. Haftung des Anfechtungsgegners.

Im Falle der Drohung seitens eines Dritten kommt eine Haftung des Anfechtungsgegners deshalb nicht in Betracht, weil Gutgläubigkeit des Bedrohten nicht denkbar ist: Wenn letzterer durch Aufwendungen usw. zu Schaden kommt, so ist dieser nicht im Vertrauen in die Wirksamkeit des Vertrages entstanden⁹⁷.

bbbb. Haftung des drohenden Dritten.

Die Frage des Anspruchs des Bedrohten auf negativen

⁹⁶ Dieselbe Situation liegt vor im Falle von Aufwendungen, die bei Kenntnis des Irrtums, also z. B. auf seiten des Anfechtungsberechtigten innerhalb der Anfechtungsfrist, vorgenommen werden.

⁹⁷ vgl. vorn § 9/I/B/1/b/aa/aaa.

Interesseersatz stellt sich auch hier nicht⁹⁸. Dagegen fragt es sich, ob eine Haftung dieses Dritten für das negative Interesse gegenüber dem Anfechtungsgegner möglich sei. Zweifellos kann eine Vertrauenserweckung und -täuschung auch seitens dieses Dritten vorliegen, wenn die Voraussetzungen der einseitigen Unverbindlichkeit des Vertrages infolge Furchterregung gegeben sind⁹⁹. Bei Betrachtung jener Fälle der negativen Interessehaftung, die unser Recht ausdrücklich normiert hat, hinsichtlich der Person des Schadenersatzpflichtigen, zeigt sich aber, daß die Vertrauenserweckung und -täuschung zwar immer von einer Person ausgeht, die noch nicht Vertragspartei ist¹⁰⁰, daß aber immer nur entweder eine Vertragspartei (OR 26, 29/II) oder eine vermeintliche Vertragspartei (OR 36/II, ZGB 411/II) oder doch ein als scheinbarer Stellvertreter handelnder Dritter (OR 39) für den Ersatz des negativen Interesses haftbar wird. Das Vertrauen, das geschützt wird, muß also immer auf einen Vertrag, sei es auf seinen Bestand, sei es auf seine Wirksamkeit gerichtet sein. Die Haftung für jede Schädigung infolge fahrlässiger Vertrauenserweckung und -täuschung würde auch zu weit führen. So könnte z. B. auch derjenige haftbar werden, der jemandem aus Gefälligkeit einen Rat erteilt, sich dabei aber eine Fahrlässigkeit zuschulden kommen läßt. Das bedeutet keinen Widerspruch dazu, daß diese Vertrauenserweckung und -täuschung keine Vertragsverletzung, sondern eine Widerrechtlichkeit ist.

Aus diesem Grunde kann der drohende Dritte nur auf Grund von OR 41 wegen dolus haftbar gemacht werden; in diesem Fall aber ist Widerrechtlichkeit sowieso gegeben, einerseits aus dem Grunde, weil im dolus selbst Widerrechtlichkeit liegt¹⁰¹, anderseits, weil das Persönlichkeitsrecht der freien Willensbildung verletzt ist. Sind auch die Voraussetzungen einer Haftung des Bedrohten gegeben, so haftet dieser mit dem Dritten solidarisch¹⁰².

⁹⁸ vgl. vorn § 9/I/B/1/b/aa/aaa und § 9/I/B/1/b/aa/bbb/aaaa.

⁹⁹ vgl. Oser Art. 29 N 11 ff.

¹⁰⁰ Aus diesem Grunde ist ja auch Widerrechtlichkeit gegeben.

¹⁰¹ vgl. Rabel 307.

¹⁰² vgl. OR 50 (alt OR 60).

bb. Versteckter Willensmangel.

aaa. Irrtum (Haftung des Anfechtungsgegners).

Aus dem Umstand, daß die Widerrechtlichkeit, die im Falle von Verschulden zur negativen Interessehaftung führt, in der Erweckung und Täuschung eines berechtigten Vertrauens liegt, wäre zu schließen, daß auch der Anfechtungsgegner schadenersatzpflichtig werden könnte, nämlich dann, wenn er fahrlässig den Irrtum erregt hat, indem auch er unter dieser Voraussetzung das berechtigte Vertrauen in die Wirksamkeit des Vertrages erwecken und täuschen könnte, sofern er den Irrtum weder gekannt hat noch hat kennen müssen; denn das letztere bildet die Voraussetzung dafür, daß von einem Irrtum überhaupt die Rede sein kann. Unverständlich ist nun, daß die Schadenersatzpflicht des Irrenden noch besonders an diese Voraussetzung geknüpft wird. Einmal ist es selbstverständlich, daß die Gegenpartei des Irrenden den Irrtum nicht gekannt hat; denn hat er ihn gekannt, obwohl er ihn nicht hat kennen müssen, so liegt gar kein Irrtum im Rechtssinn vor. Zum andern stellt sich auch dann nicht die Frage nach der Berufung auf Irrtum, wenn der Gegner des Irrenden den Irrtum hätte kennen sollen, weil in diesem Fall auf Grund der Auslegung Gültigkeit des Vertrages im entsprechenden Sinn anzunehmen ist. Andererseits kann man aber auch nicht sagen, daß die Wendung: „es sei denn, daß der andere den Irrtum gekannt habe oder hätte kennen sollen“, nicht nur auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bezogen und daß so eine Berufung auf Irrtum trotz Vorliegens der Kenntnis oder des Kennensollens des Irrtums auf der Gegenseite, nämlich nach Vertragsabschluß, möglich sei. Auch wenn der Gesetzgeber in den Bestimmungen über die negative Interessehaftung, auf dem Prinzip von Treu und Glauben stehend, das berechtigte Vertrauen schützen will, so hat er sich doch nicht Klarheit darüber verschafft, daß der Umfang des auf Grund des Vertrauens entstandenen Schadens davon abhängt, welche Aufwendungen tatsächlich in diesem Vertrauen gemacht worden sind. Einerseits können in einem Zeitpunkt Aufwendungen gemacht worden sein, da das Vertrauen noch

nicht berechtigt war¹⁰³, anderseits in einem Augenblick, da das Vertrauen nicht mehr berechtigt war¹⁰⁴. Daher ist nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber bei jener Wendung des Art. 26 die Situation im Auge hatte, wo der Gegenpartei des Irrenden nicht nur beim Zustandekommen des Vertrages der Irrtum weder bekannt war noch bekannt sein mußte, sondern auch in der Folgezeit. Die Erklärung für diesen Wortlaut liegt wohl darin, daß unser Recht hinsichtlich des Irrtums auf dem Boden der Willenstheorie und insofern im Widerspruch zum Vertrauensprinzip steht, indem dadurch die Wirkung der Erklärung in der Bedeutung, die sie für vernünftige und korrekte Leute hatte, aufgehoben wird¹⁰⁵, so daß sich der Gesetzgeber in allzu starker Betonung der Willenstheorie vielleicht gar nicht darüber Klarheit verschaffte, daß schon die Berufung auf Irrtum immer sowohl das Nichtwissen als auch das Nichtwissenmüssen voraussetzt. Möglicherweise hat er aber damit nur die Voraussetzung, an die bereits die Berufung auf Irrtum geknüpft ist, hinsichtlich des Schadenersatzanspruchs des Anfechtungsgegners wiederholt. Jedenfalls würde die gegenteilige Lösung in krassestem Gegensatz zum Prinzip von Treu und Glauben stehen. Eine Haftung des Anfechtungsgegners wegen fahrlässiger Unkenntnis des „Irrtums“ ist daher nicht möglich; denn in diesem Fall liegt eben gar kein Irrtum vor¹⁰⁶. Aber auch dann kann er nicht schadenersatzpflichtig werden, wenn er den „Irrtum“ erkannt hat, obwohl er ihn nicht hat erkennen müssen; denn auch unter dieser Voraussetzung wird der Irrtumsapparat gar nicht in Tätigkeit gesetzt.

Der Anfechtungsgegner kann aber insofern für das negative Interesse haftbar gemacht werden, als er den Irrtum zwar weder erkannt hat noch hat erkennen müssen, aber schuldhaft

¹⁰³ Es werden Aufwendungen gemacht, obwohl das Vertrauen darauf, daß der Vertrag zustande gekommen sei, noch gar nicht möglich ist, weil der Vertragsabschluß erst bevorsteht.

¹⁰⁴ Es ist denkbar, daß nach Vertragsschluß Umstände eintreten, die die Gutgläubigkeit aufheben (vgl. hinten § 10/I/A).

¹⁰⁵ Die Korrektur dieser Durchbrechung des Vertrauensprinzips bildet der negative Interesseeersatz (vgl. vorn § 8/II/A/1/a).

¹⁰⁶ Wenigstens kein Irrtum im Rechtssinn.

erregt hat. Das Verschulden¹⁰⁷ ist hier erforderlich, damit der Tatbestand der Vertrauenserweckung und -täuschung erfüllt ist. Diese fahrlässige Irrtumserregung liegt z. B. in der Verletzung einer Mitteilungspflicht¹⁰⁸. Sie könnte nun zweifellos die Erweckung und Täuschung eines berechtigten Vertrauens bedeuten. Wer aber fahrlässig einen Irrtum erregt, der wird aller Regel nach auch fahrlässig in Unkenntnis des „Irrtums“ sein. Es ist allerdings nicht ausgeschlossen, daß der Gegenkontrahent durch irgendein Verhalten fahrlässig den Irrtum erregt hat, ihn aber doch nicht hat erkennen müssen¹⁰⁹. Dagegen ist jene Widerrechtlichkeit der Vertrauenserweckung und -täuschung nur möglich unter der Voraussetzung der Gutgläubigkeit des Irrenden. Nun ist aber der Auffassung Scherrers im Prinzip beizustimmen, daß in der Behauptung des Anfechtenden, sein innerer Wille decke sich nicht mit dem durch die Erklärung geäußerten, bereits das Eingeständnis der eigenen Fahrlässigkeit liegt¹¹⁰. Immerhin sind Fälle denkbar, in denen den Irrenden kein Verschulden trifft, nämlich gerade da, wo die Ursache dieser Diskrepanz nicht in der Person des Irrenden liegt, sondern in irgendeinem Einfluß von außen her.

Aus diesem Grunde kann auch der Gegner des Irrenden zum Ersatz des negativen Interesses verpflichtet werden, wenn auch diese Situation nicht oft praktisch werden dürfte.

In der fahrlässigen Irrtumserregung durch einen Dritten liegt ebenso wenig wie in der absichtlichen Täuschung seitens eines Dritten die Widerrechtlichkeit der Vertrauenserweckung und -täuschung.

bbb. Absichtliche Täuschung (Haftung des Anfechtungsgegners).

Hinsichtlich der Haftung eines Dritten infolge absichtlicher Täuschung gilt dasselbe wie bezüglich einer Haftung infolge Drohung und fahrlässiger Irrtumserregung durch einen

¹⁰⁷ Nur Fahrlässigkeit kommt in Betracht; denn im Falle von *dolus* liegt absichtliche Täuschung vor.

¹⁰⁸ Beispiele; vgl. Scherrer 26; Rabel 318, der jedoch a. M. ist.

¹⁰⁹ vgl. Scherrer 35/36.

¹¹⁰ vgl. Scherrer 34.

Dritten. Aber das Verhalten eines Dritten kann bezüglich der Haftung einer Vertragspartei von Bedeutung sein¹¹¹. So wird im Falle der absichtlichen Täuschung seitens eines Dritten und bei fahrlässiger Unkenntnis des Anfechtungsgegners dieser auf Grund des Prinzips des Vertrauensschutzes schadenersatzpflichtig, während bei absichtlicher Täuschung durch den Anfechtungsgegner selbst die Schadenersatzpflicht aus dem dolosen Verhalten abzuleiten wäre.

aaaa. Täuschung durch den Anfechtungs- gegner.

Wenn auch der zu ersetzende Schaden seinem Umfang nach das negative Interesse ist, so ist doch die Haftung des Anfechtungsgegners keine typische negative Interessehaftung; sie bedeutet zwar auch Vertrauensschutz, aber sie ergibt sich nicht auf Grund der Normierung der negativen Interessehaftung, sondern läßt sich unmittelbar aus OR 41 ableiten; denn im dolosen Verhalten an sich liegt bereits Widerrechtlichkeit.

bbbb. Täuschung durch einen Dritten.

Unter der Voraussetzung, daß der Anfechtungsgegner die Täuschung durch einen Dritten nicht gekannt hat, aber hätte kennen sollen, muß jener zum Ersatz des negativen Interesses verpflichtet werden, sofern der Getäuschte gutgläubig ist¹¹². In diesem Fall ist der Tatbestand der fahrlässigen Irrtumserregung erfüllt¹¹³, und zwar ist hier die fahrlässige Irrtumserregung zugleich fahrlässige Unkenntnis des Irrtums, und es wäre daher der Vertrag so gültig, wie er vom „Irrenden“ verstanden worden ist, d. h. die Frage des negativen Interesseersatzes würde gar nicht aktuell. Die absichtliche Täuschung durch einen Dritten schafft aber eine völlig andere Situation¹¹⁴.

¹¹¹ vgl. OR 29/II.

¹¹² Im Verhältnis zum Anfechtungsgegner, der sich nur fahrlässig verhalten hat, muß trotz Vorliegens von dolus (auf seiten eines Dritten) die Frage der Gutgläubigkeit des Anfechtenden geprüft werden.

¹¹³ vgl. vorn § 9/I/B/1/b/bb/aaa.

¹¹⁴ vgl. OR 28/II (alt OR 25).

In diesem Zusammenhang möchte ich noch auf die Frage eintreten, welcher Schadenersatz im Falle der Genehmigung eines wegen Täuschung oder Furchterregung unverbindlichen Vertrages in Betracht komme (rev. OR 31/III¹¹⁵, alt OR 28/II), und anderseits auf die Frage, ob der Anfechtende dadurch, daß er innerhalb der Verjährungsfrist beide Möglichkeiten hat, den Vertrag anzufechten oder aber zu genehmigen (ausdrücklich oder stillschweigend), auf Kosten seines Gegners spekulieren könne.

Voraussetzung eines Schadenersatzanspruches ist, daß in der Genehmigung kein Verzicht auf die Geltendmachung des Schadens liegt.

Ersetzt wird freilich nicht das negative Interesse; will der Getäuschte Ersatz dieses Schadens beanspruchen, so muß er vom Rechtsmittel der Anfechtung des Vertrages Gebrauch machen. Im Falle der Genehmigung würde dagegen dieser Schadenersatz eine Inkonsequenz bedeuten. Anderseits ist auch nicht der Ersatz des Erfüllungsinteresses gemeint¹¹⁶. In der Expertenkommission wurde der Antrag gestellt, den Schadenersatzanspruch auf den Fall zu beschränken, in dem „dem Betrogenen aus dem Rücktritt besondere Nachteile erwachsen würden“^{117 118}. Den Schaden, der dem Betrogenen, bzw. dem Bedrohten aus der Nichtgenehmigung erwachsen würde, hätte dieser aber nicht zu tragen; denn er würde das negative Interesse bilden. Wenn er also den Vertrag genehmigt, dann wird er dies deshalb tun, weil er so immer noch besser wegkommt als im Falle der Nichtgenehmigung unter Forderung des negativen Interesseersatzes, weil für ihn das betreffende Geschäft immer noch vorteilhaft ist. Für diesen Fall ist wohl aber der Schadenersatz nicht in erster Linie vorgesehen. Es ist denkbar, ja es wird sogar die

¹¹⁵ Zwischen OR 23 (alt OR 18) und OR 31/I (alt OR 28/I) besteht eine Diskrepanz; denn ist der Vertrag einseitig unverbindlich (relativ nichtig) (nach OR 23), dann ist eine Genehmigung erforderlich, andernfalls (nach OR 31/I) ist keine Genehmigung erforderlich, dagegen eine Anfechtung, wenn der Vertrag dahinfallen soll.

¹¹⁶ vgl. BGE 47 II 186 ff.; a. M. Egger: Schadenersatz bei absichtlicher Täuschung (OR 31 Abs. 3), SJZ 18, 217 ff.

¹¹⁷ Sitzungsprotokoll der Expertenkommission O. R. I vom 6. Mai 1908 S. 1.

¹¹⁸ vgl. BGE 40 II 44.

Regel sein, daß die Genehmigung für ihn ungünstiger ist, daß er aber infolge des Fristablaufs an den Vertrag gebunden ist. In einem solchen Fall soll es der Richter in der Hand haben, ihm nach seinem Ermessen einen Schadenersatzanspruch zu gewähren¹¹⁹.

Was nun die Frage jener Spekulationsmöglichkeit anbetrifft, so ist davon auszugehen, daß der Anfechtungsberechtigte bis zum Ablauf der Verjährungsfrist von einem Jahr (rev. OR 31/I, alt OR 28/I) jederzeit die Möglichkeit hat, den Vertrag anzufechten oder zu genehmigen, je nachdem, ob seine Erwartungen eingetroffen sind oder nicht.

Im Gegensatz zu jener Situation, in welcher der Gläubiger das Recht hat, entweder vom Vertrag zurückzutreten oder ihn aufrecht zu erhalten¹²⁰, wäre im vorliegenden Fall die Gelegenheit zur Spekulation an sich zweifellos gegeben; denn der Anfechtungsberechtigte kann auf Grund von OR 31/I, sei es, daß er schadenersatzberechtigt, sei es, daß er zur Schadenersatzleistung verpflichtet sei, jederzeit zwischen dem negativen Interesseersatz (im Sinne eines Anspruchs, bzw. einer Leistungspflicht) und der Erfüllung wählen, die bald mehr, bald weniger wert ist; die betreffende Wertschwankung führt zu einer entsprechenden Erhöhung oder Verminderung des Interesses an der Erfüllung. Sie kommt dem Anfechtungsberechtigten zugute oder veranlaßt ihn, den Vertrag anzufechten; im Fall des Wahlrechts von OR 107 dagegen ist auf den Wert der schuldnerischen Leistung zur Zeit des Verzugsbeginns abzustellen¹²¹.

Nun muß aber unterschieden werden, ob der Anfechtungsberechtigte Schadenersatz beanspruchen könne oder ob er solchen zu leisten habe. In jenem Fall muß der Grundsatz Platz greifen, daß der negative Interesseersatz den positiven nicht übersteigen dürfe; denn im Falle der Spekulation bleibt für jene Ueberlegung, die gegen eine solche Reduktion spricht¹²², kein Raum. Daher kann sich eine eventuelle Spekulation nicht aus-

¹¹⁹ Es handelt sich dabei um eine Haftung aus c. i. c. (vgl. hinten § 12/II/A).

¹²⁰ vgl. hinten § 9/II/A.

¹²¹ a. M. Scherrer 74 N 13.

¹²² vgl. hinten § 10/II/C/1/a.

wirken; denn sie muß als solche erkannt werden. Das Recht, am Vertrag festzuhalten, ihn nicht anzufechten, muß dem Anfechtungsberechtigten anderseits jederzeit zustehen. Ist der Anfechtungsberechtigte selber schadenersatzpflichtig, so darf für ihn nicht, trotz seiner Verpflichtung zur Leistung des negativen Interesseersatzes im Falle der Anfechtung, noch mehr heraussehen als im Falle der Erfüllung, so daß auch hier eine Spekulation nicht denkbar ist¹²³.

Wir kommen also zum Schluß, daß eine Spekulation auf Kosten des Anfechtungsgegners nicht möglich ist¹²⁴. Anderseits ist die Kritik Tuhrs gegenüber dieser Anfechtungsfrist von einem Jahr¹²⁵ durchaus zu unterstützen. Es wäre in der Tat wünschenswert, wenn unser Recht eine dem § 121 BGB entsprechende Bestimmung enthielte, wonach dem Anfechtungsberechtigten eine angemessene Frist zur Anfechtung eingeräumt wäre (entsprechend OR 38/II, alt OR 47).

2. Auf Grund des Schutzes des Vertrauens darauf, daß der Vertrag zustande gekommen sei

Unter der Voraussetzung, daß eine Vertragspartei schuldhaft das Vertrauen des Gegners darauf, daß der Vertrag zustande gekommen sei, erweckt und getäuscht hat und auch die Voraussetzungen der Gutgläubigkeit im konkreten Falle erfüllt sind, ist der Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses gegeben.

Ein Vertrag ist dann zustande gekommen, wenn die rechtlich beachtlichen¹²⁶ Willenserklärungen handlungsfähiger und gegebenenfalls bevollmächtigter Personen übereinstimmen. Während hinsichtlich des Schutzes des Vertrauens in die Wirksamkeit des Vertrages die möglichen Fälle (der Nichtigkeit und der relativen Nichtigkeit) unterschieden werden können und innerhalb dieser eine abschließende Aufzählung der denk-

¹²³ vgl. hinten § 10/II/C/2/b/aa.

¹²⁴ a. M. Tuhr: Ueber die Mängel des Vertragsabschlusses nach schweizerischem Obligationenrecht, ZSR 17, 53.

¹²⁵ vgl. Tuhr: a. a. O. 52/53.

¹²⁶ Ausgeschlossen sind also die Fälle des physischen Zwangs und der Fälschung.

baren Typen von Fällen möglich ist, so kann für den Fall des Schutzes des Vertrauens darauf, daß der Vertrag zustande gekommen sei, ein für allemal nur soviel gesagt werden, daß immer dann, wenn der Richter zum Schluß kommt, daß eine Partei vom Fehlen des Konsenses weder Kenntnis gehabt hat noch hat haben müssen, er unter der Voraussetzung des Verschuldens der Gegenpartei diese für daraus entstandenen Schaden ersatzpflichtig machen muß. Es ist kein Fall von Unwirksamkeit, der nicht bekannt wäre, möglich. Wie dagegen die Umstände liegen, die den Grund des Nichtzustandegekommen-seins bilden, das kann nicht ein für allemal gesagt werden. Nur soviel ist bekannt, daß der Konsens fehlt. Daher mag es scheinen, als ob eine Gliederung, wie wir sie im Falle der Unwirksamkeit des Vertrages haben vornehmen können, nicht möglich sei. Aber auch wenn kein abschließender Katalog von möglichen Fällen aufgestellt werden kann, so können doch die hauptsächlichsten Gruppen, die sich aus dem in den Normen über den Schutz dieses Vertrauens ausgedrückten Prinzip ableiten lassen, auseinandergehalten werden.

a. Auseinanderfallen der Willenserklärungen (Dissens)

Das Kriterium dafür, ob Konsens oder Dissens vorliege, ist die objektive Erkennbarkeit. Dieser Grundsatz fließt aus dem Vertrauensprinzip. Es ist also denkbar, daß trotz Vorliegens von Dissens im Wortlaut Konsens anzunehmen ist und umgekehrt. Wenn auf Grund objektiver Beurteilung die Erklärungen, trotz scheinbarer Divergenz, als übereinstimmend hätten erkannt werden müssen, dann liegt Konsens vor, dagegen ist gegebenenfalls eine Berufung auf Irrtum möglich¹²⁷. Wenn sie umgekehrt äußerlich harmonieren, auf Grund objektiver Betrachtung jedoch ihre Disharmonie hätte erkannt werden können, so liegt Dissens vor.

Dissens bedeutet, daß auf Grund dieses objektiven Maßstabes die Willenserklärungen auseinandergehen. Jede Vertrags-

¹²⁷ vgl. BGE 41 II 255; 38 II 93/94.

partei hat also die bestehende Divergenz erkennen müssen, gleichgültig, ob die Erklärungen äußerlich harmonieren oder nicht. Dissens liegt aber auch dann vor, wenn, objektiv betrachtet, zwar keine solche Divergenz besteht, die Parteien aber über das Auseinanderfallen der Willenserklärungen sich im klaren sind.

Die Unterscheidung zwischen offenem und verstecktem Dissens¹²⁸ kann, braucht aber nicht mit dem Bewußtsein, bzw. dem Nichtbewußtsein der Parteien hinsichtlich des Verhältnisses der Willenserklärungen zueinander zusammenzufallen: im Falle des offenen Dissenses kann die Auffassung der Parteien dieser Würdigung auf Grund objektiver Beurteilung entsprechen und umgekehrt¹²⁹. Was den versteckten vom offenen Dissens unterscheidet, das ist der Umstand, daß im einen Fall sowohl das Auseinanderfallen der Willenserklärungen zu bejahen ist, als auch dieses Auseinanderfallen von beiden Parteien hat erkannt werden müssen, daß im anderen Fall dagegen, objektiv betrachtet, zwar diese Divergenz besteht¹³⁰, sie aber trotzdem nicht hat erkannt werden müssen, weil die gleichlautenden Willensäußerungen mehrdeutig sind. Gemeinsam ist also den beiden Arten von Dissens, daß die Frage, ob der Vertrag zustande gekommen sei oder nicht, auf Grund objektiver Grundlage in verneinendem Sinne entschieden worden ist, das Trennende besteht darin, daß im Falle des versteckten Dissenses das objektiv Gültige aus irgendwelchen Gründen nicht als objektiv erkennbar aufgefaßt werden kann. Dieses Moment ist nun entscheidend hinsichtlich der Frage, ob im Falle des Dissenses das Vertrauen in das Zustandegekommensein des Vertrages grundsätzlich berechtigt und darum geschützt sei oder nicht.

aa. Offener Dissens.

Wer geltend macht, er habe im Vertrauen darauf, daß der Vertrag zustande gekommen sei, Aufwendungen gemacht oder

¹²⁸ vgl. BGE 41 II 256.

¹²⁹ a. M. Scherrer 43/44 und Tuhr I 181.

¹³⁰ Darum spricht man auch hier von einem Dissens, wenn auch von einem versteckten.

sonst irgendeinen Schaden erlitten, hat sich diesen Schaden selbst zuzuschreiben; denn er hätte den Dissens erkennen müssen.

bb. Versteckter Dissens.

Hinsichtlich des versteckten Dissenses sind die Parteien gutgläubig, d. h. mit Bezug darauf, daß der Vertrag zustande gekommen sei, in ihrem Glauben, daß sie einig seien. Ein Verschulden kann also nicht im Nichterkennen (aber Erkennenmüssen) liegen. Ohne das Verschulden ist in diesem Fall aber auch die Widerrechtlichkeit der Vertrauenserweckung und -täuschung undenkbar¹³¹. Die Voraussetzungen der negativen Interessehaftung können also auch im Falle des versteckten Dissenses nicht gegeben sein¹³².

b. Mangelnder Wille und mangelnde Erklärung auf seiten einer Vertragspartei.

aa. Physischer Zwang.

Nicht nur der Inhalt der Erklärung, sondern die Erklärung selbst ist nicht gewollt. Es fehlt überhaupt an einer Erklärung der betreffenden Partei, indem der scheinbar Erklärende das Werkzeug eines anderen ist. Ein Vertrag ist also auch äußerlich nicht zustande gekommen.

Im Falle der vis absoluta kann das Vertrauen darauf, daß der Vertrag zustande gekommen sei, nur in den seltensten Fällen berechtigt sein. Immerhin ist an den Fall zu denken, in dem der Gegenkontrahent des Gezwungenen nicht derjenige ist, der Gewalt antut, sondern ein Dritter, der zwar in der Regel auch von der Nichtigkeit der Erklärung Kenntnis hat oder haben sollte. Immerhin kann einem Dritten die von außen wirkende Gewalt entschuldbar unerkannt bleiben, so daß ein Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses möglich ist. So kann z. B. die Suggestion eine solche Lage der Dinge herbeiführen: Wenn das

¹³¹ vgl. hinten § 12/I/C/1.

¹³² Ein Schadenersatzanspruch besteht jedoch im Falle von dolus, also dann, wenn der Dissens für eine Partei nicht versteckt ist.

Medium ein Verschulden trifft¹³³, so kann es ersatzpflichtig werden, ist auch der Hypnotiseur ersatzpflichtig (nur bei dolus), so haften sie solidarisch. Ist das Medium dagegen schuldlos, so fällt nicht nur keine negative Interessehaftung in Betracht, sondern ist auch die Widerrechtlichkeit der Vertrauenserweckung und -täuschung nicht gegeben^{134 135}.

bb. Fälschung.

Eine praktisch bedeutungsvollere Rolle als der physische Zwang spielt im modernen Verkehrsleben die Fälschung. Sie tritt vornehmlich im schriftlichen Verkehr auf; im mündlichen Verkehr ist eine Fälschung nur durch Boten denkbar, indem der angebliche Absender überhaupt¹³⁶ keinen Auftrag an den angeblichen Boten hat ergehen lassen. Da auf Seiten der einen Partei überhaupt keine rechtlich beachtliche Erklärung abgegeben worden ist, kann ein Vertrag gar nicht zustande gekommen sein.

Die Frage nach dem Ersatz des negativen Interesses erhebt sich nur insofern, als außer dem Fälscher, der sowieso auf Grund seines dolus belangt werden kann, den angeblichen Kontrahenten ein Verschulden trifft; denn nur unter dieser Voraussetzung kann überhaupt die Widerrechtlichkeit der Vertrauenserweckung und -täuschung vorliegen. Verschulden im Falle der Fälschung ist aber nur insofern denkbar, als der Aussteller einer Urkunde in ihrer Aufbewahrung sich eine Fahrlässigkeit zuschulden kommen läßt. Der Umstand an sich, daß bereits gefertigte Urkunden in den Verkehr gelangen, kann doch kein Verschulden des Verfertigers bedeuten! Ob die Urkunde bereits gefertigt war oder ob sie vorerst ausgestellt werden mußte, macht gewiß einen Unterschied aus. Aber die Tätigkeit des Ausstellers ist ja nicht in der Richtung erfolgt, in der sie sich der Fälscher zunutze macht. Aus diesem Grunde kann in ihr

¹³³ Schuldhaft kann allerdings nicht das Verhalten in diesem Zustand sein: vgl. die Ausführungen über die vorübergehende Urteilsunfähigkeit: hinten c/bb.

¹³⁴ vgl. hinten § 12/I/C/1.

¹³⁵ vgl. Melliger 164/165.

¹³⁶ Andernfalls liegt eine Verfälschung vor.

aber auch nicht schon die Widerrechtlichkeit der Vertrauens-
erweckung und -täuschung liegen.

Das Erfordernis der Gutgläubigkeit im Vertrauen darauf,
daß der Vertrag zustande gekommen sei, kann zweifellos er-
füllt sein.

Nicht dieselbe Regelung wie die Fälschung erfährt jene Si-
tuation, in der eine erteilte Vollmacht widerrufen wird, der Voll-
machtgeber es jedoch unterläßt, die Vollmachtsurkunde zurück-
zufordern, sodaß der Stellvertreter mit Dritten Geschäfte ab-
schließen kann. Der ursprünglich Bevollmächtigte handelt zwar
nicht mehr im Namen des Vollmachtgebers, sodaß gutgläubigen
Dritten gegenüber seine Erklärung nicht mehr als Erklärung
des Vollmachtgebers gilt. Der Vertrag ist also auch nicht ein-
mal äußerlich zustande gekommen. Aber der Vollmachtgeber
handelt jedenfalls widerrechtlich, indem er das Vertrauen in
das Zustandegekommensein des Vertrages erweckt und ge-
täuscht hat¹³⁷.

cc. Verfälschung.

Auch im Falle der Verfälschung fehlen die wesentlichen
Erfordernisse eines Vertrags, sowohl der kontraktliche Wille
desjenigen, den man vertraglich verpflichten will, als auch
dessen Erklärung, so daß auch hier von einem Zustandegekom-
mensein des Vertrages nicht die Rede sein kann.

Was nun die Frage der negativen Interessehaftung anbe-
trifft, so gilt dasselbe wie bei der Fälschung. Die angebliche
Vertragspartei wird in der Regel kein Verschulden treffen; denn
der Aussteller einer Urkunde kann regelmäßig nichts dafür,
daß ihr ein anderer Inhalt gegeben wird. Das Verschulden ist
auch hier nur in Gestalt einer fahrlässigen Aufbewahrung denk-
bar. Auch für die Verfälschung gilt, daß nur im Falle von
Verschulden die Widerrechtlichkeit der Vertrauens-erweckung
und -täuschung gegeben sein kann¹³⁸.

¹³⁷ vgl. vorn § 9/I/A/2/a/aa/bbb.

¹³⁸ Insbesondere hinsichtlich der Fälschung und der Verfälschung hat
Melliger (165 ff.) die negative Interessehaftung ohne Rücksicht auf Ver-
schulden, als den modernen Verkehrsbedürfnissen entsprechend, gefordert
(vgl. hinten § 12/I/C).

c. Rechtlich unbeachtlicher Wille und unbeachtliche Erklärung

Vorauszuschicken ist, daß sich die Frage nach dem Ersatz des negativen Interesses in diesem Zusammenhang nur hinsichtlich der anormalen Unzurechnungsfähigen stellt.

Mit einem Urteilsunfähigen kann kein Vertrag abgeschlossen werden: es liegt nicht etwa ein nichtiger Vertrag vor, sondern es kommt überhaupt kein solcher zustande. So stellt sich einerseits die Frage darnach, ob der Gegenkontrahent des Urteilsunfähigen berechtigterweise darauf, daß der Vertrag zustande gekommen sei, vertrauen könne, und anderseits die Frage, ob der Urteilsunfähige überhaupt zum Ersatz des negativen Interesses verpflichtet werden könne, da ihn ja kein Verschulden treffen kann.

Da das Vertrauen in das Zustandegekommensein des Vertrages grundsätzlich geschützt ist, so kann auch dieses Vertrauen der Gegenpartei des Urteilsunfähigen berechtigt sein. Der Urteilsunfähige kann nun aber wohl widerrechtlich, nicht aber schuldhaft handeln.

aa. Haftung Urteilsunfähiger.

OR 54/I (alt OR 58) beansprucht nun aber auch Geltung für den Fall des Nichtzustandegekommenseins eines Vertrages mangels Urteilsfähigkeit eines Kontrahenten; ZGB 411/II schließt OR 54 nicht aus¹³⁹. Voraussetzung ist aber, daß die Handlung des Willensunfähigen, von einem Willensfähigen vorgenommen, eine unerlaubte Handlung wäre, d. h. daß dieses Verhalten, von der Handlungsunfähigkeit abgesehen, dem Urteilsunfähigen zum Vorwurf gereichen würde. Die Handlung muß so beschaffen sein, daß sie dem Urteilsunfähigen nur wegen seiner Unzurechnungsfähigkeit nicht als Delikt angerechnet werden kann. Der Anspruch auf Grund dieses Artikels ist zudem abhängig gemacht von besonderen Umständen, und der Schaden wird auch nur soweit ersetzt, als die Billigkeit es zuläßt. Im Falle des Nichtzustandegekommenseins eines Vertrages ist es

¹³⁹ vgl. Becker Art. 54 N 5; Oser Art. 54 N 5; Fick Art. 54 N 20; Kaufmann: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch II, 3. Abt. Vormundschaft (2. A. Bern 1924), Art. 411 N 14; Rabel 301 ff.

also ungewiß, ob der Richter dem Unzurechnungsfähigen aus Gründen der Billigkeit nur die Pflicht zum Ersatz eines Teils des negativen Interesses, z. B. der Aufwendungen, oder aber zum Ersatz des ganzen negativen Interesses auferlegt. Allerdings wird der Fall, daß ein Urteilsunfähiger das berechtigte Vertrauen seines Gegners in seine Urteilsfähigkeit erweckt und täuscht, selten sein.

bb. Haftung vorübergehend Urteils- unfähiger.

Im Falle vorübergehender Urteilsunfähigkeit trifft denjenigen, der sich schuldhaft in diesen Zustand gebracht hat, auf Grund von OR 54/II dieselbe Haftung wie den Urteilsfähigen, der schuldhaft Schaden zugefügt hat. Wenn er also in diesem schuldhaft herbeigeführten Zustand einen vermeintlichen Vertrag abgeschlossen und dadurch das Vertrauen der Gegenpartei in das Zustandegekommensein des Vertrages erweckt und getäuscht hat, so muß er für das negative Interesse aufkommen¹⁴⁰. Ist er jedoch schuldlos in diesen Zustand geraten und hat er dabei Schaden angerichtet, so ist er wohl nach OR 54/I zu beurteilen, so daß er doch aus Gründen der Billigkeit zur Haftung herangezogen werden könnte.

d. Absichtliche Divergenz zwischen Wille und Erklärung

Die Abgrenzung der ernst gemeinten von der nicht ernst gemeinten Willenserklärung bietet den Vorteil, daß wir so den Fall der Mentalreservation, welcher hinsichtlich der Frage des negativen Interesseersatzes keinerlei Schwierigkeiten bereitet, vorweg nehmen können.

aa. Als Mittel zum Zweck.

aaa. Mentalreservation.

Die Mentalreservation ist gegenüber dem Scherz durch die Absicht, die Gegenpartei zu täuschen, gekennzeichnet.

¹⁴⁰ a. M. Rabel 302 hinsichtlich des Falles, in dem ein Betrunkener durch einen Hotelkellner als Boten einen Wagen bestellt.

Unser Recht hat zwar den Boden des Willensdogmas noch nicht gänzlich verlassen, aber der Verkehr, der sich nach dem Prinzip von Treu und Glauben gestaltet, verlangt, daß jede Partei sich auf den Inhalt der Erklärung der Gegenpartei verlassen könne. Wenn auch hinsichtlich des wesentlichen Irrtums und der Drohung seitens eines Dritten unser Recht die Anfechtung des mit dem betreffenden Mangel behafteten Vertrages zuläßt, so muß es anderseits im Falle der Mentalreservation allein auf die äußere Erklärung abstellen; wer sich auf die Mentalreservation beruft, stützt sich auf die eigene Lüge. Eine solche Berufung ist aber unsittlich, und da unser Recht die Unsittlichkeit verpönt, so kann es die Mentalreservation auch nicht berücksichtigen. Es nimmt daher Gültigkeit der Erklärung an, auch wenn der darauf gerichtete Wille fehlt. Aus diesem Grund kommt die Frage des negativen Interesseersatzes hier gar nicht zur Sprache. Es gibt zwar eine Ausnahme von dieser Regel: die Erklärung ist nämlich dann als nichtig anzusehen, wenn ihr Empfänger den Mangel erkannt hat, nicht dagegen schon, wenn er ihn hätte erkennen sollen. Aber auch in diesem Falle der Nichtigkeit des Vertrages stellt sich natürlich die Frage nach dem Ersatz des negativen Interesses nicht¹⁴¹.

Würde unser Recht konsequent die Willenstheorie durchführen, so müßte es die Mentalreservation in jedem Fall als nichtig ansehen, und insofern würde sich die Frage nach dem negativen Interesseersatz erheben.

bbb. Simulation.

Das Gemeinsame der Mentalreservation und der Simulation kann die Absicht sein, mit dem Mittel der nicht ernst gemeinten Willenserklärung Dritte zu täuschen. Das Trennende liegt aber darin, daß die Simulation nicht diesen Zweck zu verfolgen braucht. Liegt aber bei der Simulation jenes Gemeinsame mit der Mentalreservation vor, und bedeutet diese Erweckung und Täuschung des Vertrauens bezüglich des in Wirklichkeit simulierten Rechtsgeschäftes für den Dritten unmittelbar auch eine solche hinsichtlich seines Vertrages, indem dieser mit dem

¹⁴¹ vgl. Melliger 186 ff.; Marcusen 142 ff.

Scheingeschäft steht und fällt, so stellt sich, wie bei der Mentalreservation, die Frage der negativen Interessehaftung deshalb nicht, weil Gültigkeit der Erklärung angenommen werden muß¹⁴².

bb. Als Selbstzweck..

aaa. Erkennbarkeit des Mangels der Ernstlichkeit (Scherz, Prahlerei, Belehrung, Willenserklärungen auf der Bühne).

In allen diesen Fällen wird etwas bewußt als gewollt bezeichnet, was tatsächlich nicht gewollt ist, in der Erwartung, die Gegenpartei werde diese Divergenz erkennen. Ich unterteile diese Fälle aus dem Grund in den Fall des Scherzes einerseits und in die übrigen Fälle anderseits, weil die Beantwortung der Frage, ob Scherz gegeben sei oder nicht, besondere Schwierigkeiten bereitet. Während der Ausdruck Scherz ein terminus technicus ist und nur auf jenen Fall Anwendung finden kann, wo die Erklärung als scherzhaft hat aufgefaßt werden müssen, so schließen die übrigen Ausdrücke noch nicht die Erkennbarkeit in sich, obwohl tatsächlich in den betreffenden Fällen aller Regel nach die Erkennbarkeit gegeben ist.

aaaa. Scherz¹⁴³.

Der Tatbestand der scherzhaften Erklärung stimmt formell mit dem der Mentalreservation überein, indem bei beiden etwas mit dem geheimen Vorbehalt erklärt wird, das Erklärte nicht zu wollen. Während aber in jenem Fall der Erklärende der Meinung ist, der andere merke die Nichternsthaftigkeit, so hat er in diesem Fall die Absicht zu täuschen. Der Sprachgebrauch stimmt mit dieser Unterscheidung nicht völlig überein: man spricht vom bösen Scherz und meint damit eine Situation, wo in Tat und Wahrheit eine Mentalreservation vorliegt, indem der Erklärende glaubt, der andere werde auf die Ernsthaftigkeit des Inhalts der Erklärung vertrauen.

¹⁴² Ueber die Simulation ohne Täuschungsabsicht: vgl. hinten bb/bbb.

¹⁴³ vgl. Melliger 181 ff.

Der Scherz unterscheidet sich von der Simulation einerseits dadurch, daß die Willenserklärung im Scherz Selbstzweck ist, während mit der Willenserklärung bei der Simulation auch ein außerhalb ihr liegender Zweck gegenüber Dritten angestrebt werden kann, anderseits dadurch, daß beim Scherz unter Umständen nur der Scherzende über die Divergenz zwischen Wille und Erklärung im Bild ist, während bei der Simulation beide Parteien sich dieser Divergenz bewußt sind.

Im gemeinen Recht wurde unterschieden, ob den Scherzenden culpa lata traf oder nicht. Es kannte nur zwei Möglichkeiten: Entweder war die Erklärung wirksam, weil dem Erklärenden culpa lata zur Last fiel, oder die Erklärung war unwirksam, weil der andere den Scherz erkennen mußte, also selbst in culpa war, wenn er ihn nicht erkannte. Immer dann traf also den Erklärenden culpa lata, wenn der Erklärungsempfänger den Scherz nicht erkennen mußte. Die culpa lata stellte das gemeine Recht aber dem dolus gleich, behandelte also den schuldhaften Scherz gleich wie die Mentalreservation. Die Möglichkeit einer culpa levis auf seiten des Erklärenden wurde verneint. Daher kam Mommsen für das gemeine Recht zum Ergebnis, daß kein praktisches Bedürfnis für ein besonderes Schutzmittel zugunsten des Empfängers der Erklärung bestand¹⁴⁴. Der Entwurf I des BGB normiert nun in der Hauptsache diese Lehre¹⁴⁵, indem § 97/II bestimmt: „Die Willenserklärung ist jedoch gültig, wenn dem Urheber grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt.“ Er anerkennt aber nicht nur die beiden Möglichkeiten der culpa lata auf seiten des Erklärenden und der culpa auf seiten des Empfängers, sondern schiebt noch eine Zwischenstufe ein. Während das gemeine Recht immer dann culpa lata annahm, wenn die Umstände so gestaltet waren, daß der Empfänger der Erklärung den Mangel einer ernstlichen Absicht nicht erkennen mußte oder doch nicht hinreichenden Grund hatte, am Vorhandensein eines ernstlichen Willens zu

¹⁴⁴ vgl. Mommsen: Ueber die Haftung der Kontrahenten bei der Abschließung von Schuldverträgen, Erörterungen aus dem Obligationenrecht (Braunschweig 1879), 2. Heft 99.

¹⁴⁵ vgl. Brock 98.

zweifeln¹⁴⁶, so kennt und regelt der Entwurf noch den Fall, wo der Erklärungsempfänger das Auseinanderfallen von Wille und Erklärung weder kannte noch kennen mußte, dem Erklärenden aber doch keine grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt. Für diesen Fall bestimmt er Nichtigkeit der Erklärung, dagegen Haftung des Erklärenden gegenüber dem Empfänger für den Ersatz des negativen Interesses.

Entgegen der gemeinrechtlichen Regelung und der im Entwurf zum BGB vorgesehenen bestimmt nun das BGB in § 118, daß eine nicht ernstlich gewollte Willenserklärung, die in der Erwartung abgegeben wird, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden, daß also jede nicht dolose scherzhafte Erklärung nichtig sei. Das BGB stellt also hinsichtlich der Wirksamkeit der Erklärung allein auf die Gesinnung ab. Schon aus diesem Grunde müßte es daher die Gleichstellung von *dolus* und *culpa lata* ablehnen.

Das BGB stellt also denjenigen, der eine scherzhafte Erklärung abgibt, in dieser Beziehung günstiger als das gemeine Recht und der Entwurf I. Eine Haftungsverschärfung sieht zwar das BGB hinsichtlich der Haftungsvoraussetzungen für den Fall der Nichtigkeit der Erklärung vor, indem es die Haftung des Erklärenden unabhängig von dessen Verschulden eintreten läßt¹⁴⁷, während nach dem Entwurf I der Empfänger der Erklärung nur dann Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses hat, wenn dem Urheber eine Fahrlässigkeit zur Last fällt¹⁴⁸. Vorausgesetzt wird allerdings auch im BGB, daß den Empfänger kein Verschulden trifft¹⁴⁹.

Darüber hinaus schützt das BGB auch den Dritten, der auf die Wirksamkeit einer nicht empfangsbedürftigen Willenserklärung vertraut hat¹⁵⁰.

Bei der Betrachtung des Scherzes im schweizerischen Recht, das dessen positivrechtliche Regelung nicht wie das BGB

¹⁴⁶ vgl. Mommsen: a. a. O.

¹⁴⁷ vgl. BGB § 122/I.

¹⁴⁸ vgl. Entwurf I zum BGB § 97/III.

¹⁴⁹ vgl. BGB § 122/II.

¹⁵⁰ vgl. BGB § 122/I.

kennt, ist davon auszugehen, daß es auf dem Boden des Vertrauensprinzips steht. Das Kriterium für das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein eines Scherzes liegt aus diesem Grunde in der Entscheidung, ob nach objektiver Beurteilung die Gegenpartei die Divergenz zwischen Wille und Erklärung hat erkennen müssen oder nicht, und nicht darin, ob der Erklärende von der Gegenpartei erwartet hat, sie werde dieses Auseinanderfallen von Wille und Erklärung erkennen oder ob sie mit dieser Divergenz eine Täuschung bezweckt hat. Wenn also eine scherzhafte Erklärung als solche erkannt wird oder doch erkannt werden mußte, so ist ein Vertrag gar nicht zustande gekommen. Die Frage nach dem Ersatz des negativen Interesses stellt sich nun deshalb nicht, weil die eine wie die andere Partei gar nicht in das Zustandegekommensein eines Vertrages hat vertrauen dürfen. Der Erklärende handelt nicht widerrechtlich im Sinne einer Vertrauenserweckung und -täuschung. Er selbst läuft aber auch nicht Gefahr, in diesem Vertrauen etwa zu Schaden zu kommen; denn er will ja nicht nur das nicht, was er erklärt hat, sondern er will sich auch zu nichts anderem verpflichtet haben. Wenn er aber sieht, daß die andere Person aus einer Erklärung falsche Schlüsse zieht und sie trotzdem nicht rechtzeitig aufklärt, so ist sein Verhalten dolos. Seine Erklärung ist zwar nach wie vor ein Scherz, der Vertrag ist daher nicht zustande gekommen. Aber er wird auf Grund von OR 41 (alt OR 50) haftbar. Dagegen handelt es sich dabei nicht um eine negative Interessehaftung im technischen Sinn¹⁵¹; denn die Widerrechtlichkeit liegt hier im dolus und nicht in der Erweckung und Täuschung eines berechtigten Vertrauens. Aus diesem Grunde kann der Erklärende auch nicht haftbar gemacht werden, wenn er den anderen fahrlässig an seiner irrtümlichen Auffassung festhalten läßt.

Hat aber der Erklärungsempfänger den wahren Charakter der Erklärung weder erkannt noch erkennen müssen, so ist diese gültig. In diesem Fall liegt kein Scherz vor, obwohl der Erklärende erwartet hat, der Gegner werde den Mangel der

¹⁵¹ a. M. Marcusen 146.

Ernstlichkeit nicht verkennen¹⁵². Er muß jedoch nach den Bestimmungen über den Irrtum vorgehen können. Er kann also den Vertrag anfechten, wird aber, wenn ihn ein Verschulden trifft, dem Erklärungsempfänger gegenüber zum Ersatz des negativen Interesses verpflichtet. Die Widerrechtlichkeit der Vertrauenserweckung und -täuschung¹⁵³ ist in diesem Fall gegeben, so daß alle Voraussetzungen des negativen Interesseersatzes erfüllt sein können, ohne daß es nötig wäre, daß auch hinsichtlich des Schadenersatzes die analoge Anwendung der entsprechenden Regelung beim Irrtum möglich ist¹⁵⁴.

bbbb. Die übrigen Fälle der Erkennbarkeit.

Diejenigen Grundsätze, die wir hinsichtlich des Scherzes kennengelernt haben, gelten auch für die Fälle der Belehrung, der Prahlerei und der Willenserklärungen auf der Bühne. Die Besonderheit dieser Fälle liegt lediglich darin, daß Gutgläubigkeit des Erklärungsempfängers kaum denkbar ist. Das gilt insbesondere von Willenserklärungen, die jemand auf der Bühne abgibt. Ihre Unverbindlichkeit versteht sich von selbst. Die Frage des negativen Interesseersatzes stellt sich deshalb nicht, weil weder die eine noch die andere Partei gutgläubig sein kann. Sie kann sich nur insofern erheben, als der Erklärungsempfänger das Auseinanderfallen von Wille und Erklärung weder erkannt hat noch hat erkennen müssen, d. h. nur unter der Voraussetzung, daß die Erklärung gültig und der Vertrag zustande gekommen ist¹⁵⁵, und zwar indem sich der Erklärende auf Irrtum beruft.

bbb. Nichterkennbarkeit des Mangels der Ernstlichkeit (Simulation).

Ein Erklärungswille ist zwar vorhanden, aber kein Geschäftswille, und zwar auf seiten beider Parteien. Sie schließen

¹⁵² Man nennt ihn einen schlechten Scherz.

¹⁵³ Die Gutgläubigkeit ist ohne weiteres gegeben, sonst würde der Vertrag nicht als zustande gekommen gelten.

¹⁵⁴ vgl. vorn § 9/I/A/1/a/cc.

¹⁵⁵ vgl. vorn aaa/aaaa.

zum Schein ein Geschäft ab. Sie sind sich also der Divergenz zwischen Wille und Erklärung bewußt. Nicht notwendig ist aber, daß sie die Absicht haben, Dritte zu täuschen¹⁵⁶. Diese Absicht liegt immer dann vor, wenn hinter dem simulierten Geschäft ein dissimuliertes steht. Das simulierte Rechtsgeschäft ist nicht zustande gekommen, während das dahinter stehende, das verschleierte Rechtsgeschäft, wie es Becker nennt, gültig ist, sofern die für dieses Geschäft erforderlichen Voraussetzungen gegeben sind¹⁵⁷. Die Erklärungen stimmen zwar miteinander überein, der Konsens ist scheinbar gegeben, aber diese Erklärungen sind rechtlich unbeachtlich.

Die Frage der negativen Interessehaftung könnte sich überhaupt nur im Rahmen der Frage des Schutzes Dritter stellen, und zwar auch nur insofern, als die Erweckung und Täuschung des Vertrauens bezüglich des in Wirklichkeit simulierten Rechtsgeschäftes für den Dritten unmittelbar auch eine solche hinsichtlich seines Vertrages bedeutet, indem dieser mit dem Scheingeschäft steht und fällt. Nun hat aber unser Recht eine Vorschrift hinsichtlich des Schutzes Dritter aufgestellt, die gutgläubig ein simuliertes schriftliches Schuldbekenntnis besitzen: das Gesetz bestimmt in diesem Fall Gültigkeit des Scheingeschäfts, so daß auf Erfüllung, bzw. auf Ersatz des Erfüllungsinteresses geklagt werden kann¹⁵⁸. Da wir in diesem Rahmen den Fall der absichtlichen Divergenz als eines Selbstzweckes betrachten, so gehen wir hier von der Voraussetzung aus, daß die Erklärenden nicht die Absicht haben, den Dritten, der rechtlich in Mitleidenschaft gezogen ist, zu täuschen, in welchem Fall allerdings sowieso das Erfüllungsinteresse zu er-

¹⁵⁶ vgl. Melliger 184 ff.

¹⁵⁷ vgl. OR 18 (alt OR 16).

¹⁵⁸ vgl. OR 18/II (alt OR 16/II, 189/II). Das revidierte OR enthält für den Fall der Abtretung von Forderungen keine Verweisung auf Art. 18/II wie das alte OR in Art. 189/II auf Art. 16/II, und dies mit Recht; denn rev. OR 18/II findet ohne weiteres auch auf ihn Anwendung. Diese Bestimmung stellt insofern eine Spezialnorm gegenüber rev. OR 173/I dar, als es Gültigkeit der Abtretung trotz Nichtbestandes der Forderung statuiert; die an sich ungültige Zession erhält also unter den genannten Voraussetzungen Gültigkeit (vgl. Marcusen 144 ff.). Aus diesem Grunde kann Art. 173/I, der die Haftung des Abtretenden für das *damnum emergens* statuiert, nicht zur Anwendung kommen.

setzen wäre¹⁵⁹. Es ist sehr wohl denkbar, daß sich die Parteien die Folgen für Dritte, welche rechtlich damit in Beziehung treten, gar nicht zum Bewußtsein gebracht haben und noch weniger damit eine betrügerische Absicht verfolgt haben, d. h. daß der Wille fehlt, im Dritten, der nunmehr geschädigt ist, einen bestimmten Geisteseffekt hervorzurufen¹⁶⁰. Das Nichtzustandegekommensein des Vertrages müßte daher auch dem gutgläubigen Dritten gegenüber Geltung besitzen. Mit dieser Konsequenz wäre aber der Verkehr zu wenig geschützt, ganz besonders in jenen Fällen, in denen für eine Erklärung eine bestimmte Form üblich ist, deren Vorhandensein das Vertrauen noch erhöht, oder in jenen Fällen, wo die Erklärung ihrer Natur nach Dritten gegenüber zu wirken bestimmt ist. Das gilt namentlich für schriftliche Vertragserklärungen und insbesondere für streng formelle wie Wechsel¹⁶¹. So ist „zugunsten der Verkehrssicherheit“, aber „entgegen der reinen Rechtskonsequenz“¹⁶² Gültigkeit der simulierten Erklärung und damit Zustandegekommensein des Vertrages anzunehmen. In der Mehrzahl der Fälle, ja in den weitaus meisten Fällen werden aber die Folgen der Divergenz zwischen Wille und Erklärung nicht nur beiden Parteien bewußt sein, sondern werden sie ein Scheingeschäft gerade in der Absicht abschließen, dritte Personen zu täuschen, so daß ohnehin das Erfüllungsinteresse zu ersetzen ist.

In den übrigen Fällen aber, in denen nur mittelbar das Vertrauen Dritter erweckt und getäuscht wird, genießen diese außerhalb der scheinbaren Vertragsparteien Stehenden keinen Vertrauensschutz sowohl im Sinne des positiven Interesseersatzes, was sich von selbst versteht, als auch im Sinne des negativen Interesseersatzes¹⁶³. Wenn die Kontrahenten des Scheingeschäftes fahrlässig und nur mittelbar das Vertrauen

¹⁵⁹ vgl. vorn d/aa/bbb.

¹⁶⁰ a. M. Marcusen 144.

¹⁶¹ vgl. Melliger 185; Kohler: Studien über Mentalreservation und Simulation, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts 16, 140.

¹⁶² vgl. Melliger 185.

¹⁶³ vgl. vorn § 9/I/B/1/b/aa/bbb/bbbb.

eines Dritten erwecken und täuschen, so handeln sie nicht widerrechtlich. Handeln sie aber *dolos* in dem Sinne, daß sie die Täuschung Dritter beabsichtigen, so handeln sie zugleich widerrechtlich, so daß sie Dritten gegenüber auf Grund von OR 41 (alt OR 50) haftbar werden. Diese Haftung ist aber keine negative Interessehaftung. Z. B.: Es schließt jemand einen Vertrag unter der Bedingung ab, daß der Vorkaufsberechtigte die Sache nicht kaufen wolle. Der Verkäufer bereut nachträglich aus irgendeinem Grund, daß er unter dieser Bedingung eine Verpflichtung eingegangen ist und schließt mit dem Vorkaufsberechtigten, der kein Interesse an der Sache hat, einen Scheinvertrag ab.

e. Wegfall der Bindung an eine Offerte im
Falle des Vertrauens darauf, daß die
Bindung noch bestehe.

Die Erweckung und Täuschung des berechtigten Vertrauens darauf, daß der Vertrag zustande gekommen sei, kam nach dem alten OR im Falle des Nichtzustandegekommeenseins des Vertrages mangels Akzeptes bei Unterlassung der Anzeige vom verspäteten Eintreffen der Annahmeerklärung in Betracht¹⁶⁴. Auch das Vertrauen auf die Bindung des Offerenten und damit auf das Zustandekommen des Vertrages kann berechtigt sein; trotzdem wird die Frage der negativen Interessehaftung nicht aktuell; denn entweder darf der Oblat auf die Bindung des Offerenten vertrauen, dann ist dieser aber nicht mehr zum Widerruf berechtigt, so daß gegebenenfalls das Erfüllungsinteresse zu ersetzen ist, oder dieses Vertrauen ist nicht berechtigt, weil der Offerent nicht mehr gebunden ist, dann kommt aber auch der negative Interesseersatz nicht in Betracht. Auch bei Tod oder Eintritt der Handlungsunfähigkeit des Offerenten oder des Oblaten nach Beginn der Offertenbindung kommt die negative Interessehaftung nicht in Frage; denn der Antrag erlöscht dadurch nicht¹⁶⁵. Der Entwurf von 1877 enthielt sogar

¹⁶⁴ vgl. vorn § 9/I/A/2/a/bb.

¹⁶⁵ vgl. Herz 47/48.

eine entsprechende Norm¹⁶⁶. Anders lagen die Dinge im gemeinen Recht, wo die Offerte durch den Tod oder den Eintritt der Handlungsunfähigkeit der einen oder anderen Partei hinfällig wurde¹⁶⁷.

Im rev. OR stellt sich bei der Offerte die Frage des negativen Interesseersatzes nur in einer, und zwar mehr theoretischen Situation, welche bei verspätetem Eintreffen des Antrages denkbar ist: Der Antragsteller ist allerdings nach Art. 5/I (rev. OR und alt OR) nach Eintritt des Zeitpunktes, in dem er den Eingang der Antwort bei ihrer ordnungsgemäßen und rechtzeitigen Absendung erwarten durfte, nicht mehr gebunden, und er darf dabei voraussetzen, daß sein Antrag rechtzeitig angekommen sei. Wenn nun aber der Oblat weder aus dem Datum des Briefes noch aus dem Poststempel den Zeitpunkt der Absendung hat erkennen müssen, so kann er gutgläubig¹⁶⁸ zu Schaden kommen, und dieses negative Interesse muß der Offerent, im Falle seines Verschuldens, welches unter diesen Voraussetzungen regelmäßig gegeben sein wird, zu ersetzen verpflichtet sein. Geschützt wird dadurch zwar nicht das Vertrauen darauf, daß der Vertrag zustande gekommen sei, sondern das Vertrauen auf das Zustandekommen des Vertrages. Die Schutzwürdigkeit dieses Interesses ist aber die genau gleiche, die beiden Situationen sind unter dem Gesichtspunkt der Vertrauensberechtigung dieselben; denn wenn der Oblat auf die Bindung des Offerenten mit Recht vertraut, dann hängt die Entstehung des Vertrages nur noch von seinem Willen ab. Oser nimmt für den Fall, wo der Offerent die Offerte nicht datiert und das Datum auch aus dem Poststempel nicht ersichtlich ist, eine entsprechend länger dauernde Bindung des Offerenten an, falls der Antrag nicht rechtzeitig angekommen ist, so daß der Oblat auf Erfüllung klagen kann¹⁶⁹. Es scheint mir aber, daß Oser an diese Nachlässigkeit des Offerenten eine zu weitgehende Sanktion knüpft, ist jene doch nicht dem Unterlassen der An-

¹⁶⁶ vgl. Art. 58.

¹⁶⁷ vgl. Melliger 198/199.

¹⁶⁸ Man wird vom Oblaten wohl nicht verlangen können, daß er sich erkundige, ob etwa die Offerte verspätet eingetroffen sei.

¹⁶⁹ vgl. Oser Art. 5 N 5.

zeige vom verspäteten Eintreffen der Annahmeerklärung gleichzustellen¹⁷⁰.

f. Widerruf der Auslobung.

Die Frage, ob im Falle des Widerrufs der Auslobung das negative Interesse zu ersetzen sei, erfährt eine verschiedene Behandlung, je nachdem, ob man die Auslobung als Offerte betrachtet, welche durch die Erbringung der Leistung angenommen wird¹⁷¹, oder ob man sie als einseitige Verpflichtung ansieht. Die ältere Doktrin vertrat vor allem jene Ansicht¹⁷², während neuere Bearbeiter dieses Problems eher der letzteren Ansicht huldigen¹⁷³. Ganz eigentümlicher Auffassung ist Jhering¹⁷⁴: Für ihn ist sie ein bedingtes Versprechen, mit der Besonderheit, daß Erfüllung der Bedingung und Akzeption zusammenfallen. Wenn dem auch so wäre, so wäre das keine Besonderheit gegenüber der Offerte, sondern würde dann für jede Offerte zutreffen. Zudem bedeutete dieses bedingte Versprechen einen bedingten Vertrag und setzte damit bereits Akzeption voraus, so daß, wenn der Versprechende die Erfüllung der Bedingung vereitelte, das Erfüllungsinteresse und nicht, wie Jhering annimmt, das negative Interesse zu ersetzen wäre. Nochmals einer anderen Ansicht ist Savigny, nämlich der, daß die Auslobung als eine Offerte ad incertas personas nur soweit Folgen habe, als in den meisten Fällen freiwillig der Verpflichtung nachgekommen werde¹⁷⁵. Hinsichtlich des römischen Rechts mag ihm durchaus beigestimmt werden, hat sich dieses doch sehr ablehnend dem Vertragsanerbieten an unbestimmte Personen

¹⁷⁰ Die Frage des negativen Interesseersatzes wird überhaupt nur bei der Offerte unter Abwesenden praktisch. Bei der Offerte unter Anwesenden ist der Antragsteller entweder sofort, bzw. nicht weiter gebunden (wenn keine Annahmefrist gesetzt ist), oder er ist bis zum Ablauf der Annahmefrist gebunden, und zwar sofort, und ist nach Ablauf dieser Frist im Falle der Nichtannahme nicht mehr gebunden, so daß er immer nur entweder gebunden ist und gegebenenfalls das Erfüllungsinteresse zu ersetzen hat oder aber zu gar nichts verpflichtet ist (vgl. OR 3 und 4).

¹⁷¹ Realakzept.

¹⁷² vgl. Melliger 200 ff.; Marcusen 178 ff.

¹⁷³ vgl. Rabel 308.

¹⁷⁴ vgl. Jhering 97 ff.

¹⁷⁵ vgl. Savigny: Das Obligationenrecht, II (Berlin 1853) S. 90 ff.

gegenübergestellt. Er vertritt aber diese Auffassung nicht nur für das römische, sondern auch für das gemeine Recht, und insofern ist er nicht auf dem richtigen Weg; denn das gemeine Recht hat die Auslobung als rechtliches Gebilde anerkannt¹⁷⁶. In den folgenden Darlegungen werde ich mich mit den beiden Haupttheorien eingehender auseinandersetzen.

aa. Pollizationstheorie.

Die Vertreter der Ansicht, die Auslobung sei eine einseitige Verpflichtung, haben für ihre Auffassung keine Begründung gegeben. Rabel deutet lediglich ihre Konsequenzen an¹⁷⁷. Rossel tritt auf die Frage, ob die Auslobung als Offerte oder als einseitiges Versprechen zu betrachten sei, gar nicht näher ein, sondern setzt als selbstverständlich voraus, daß es sich um einen *contrat unilatéral* handle¹⁷⁸.

Gehen wir nun einmal davon aus, die Auslobung sei wirklich ein einseitiges Rechtsgeschäft und damit frei widerruflich. Im Fall des Widerrufs würde diese einseitige Verpflichtung untergehen. Kein Zweifel kann darüber bestehen, daß der Ersatz des Erfüllungsinteresses nicht in Betracht käme. Damit, daß die Rechtsordnung das Recht des Widerrufs vorbehielte, würde sie die Erfüllungsklage des Gegners ausschließen, wenn sie nicht mit sich selbst in Widerspruch treten wollte. Dagegen müßte der Ersatz des negativen Interesses Platz greifen; denn bis zur Annahme wäre der Widerruf möglich, die Annahme läge aber erst in der vollständigen Erbringung der Leistung, so daß schon vor der Annahme notwendigerweise Aufwendungen gemacht werden müßten. Der Dritte, der dadurch zu Schaden gekommen ist, daß er auf die Auslobung vertraut hat, müßte in seinem Vertrauen geschützt sein. Auch hier handelte es sich nicht um den Schutz des Vertrauens in das Zustandekommen des Vertrages, sondern um den Schutz des Vertrauens auf dessen Zustandekommen¹⁷⁹. Aber auch hier müßte auch dieses

¹⁷⁶ vgl. Melliger 200 N 2.

¹⁷⁷ vgl. Rabel 309.

¹⁷⁸ vgl. Rossel: *Manuel du Droit Fédéral des Obligations* (Lausanne et Genève 1920), I — II 39/40.

¹⁷⁹ vgl. vorn § 9/I/B/2/e.

Vertrauen als berechtigt erscheinen, wollte man der Auslobung nicht jede praktische Bedeutung nehmen. Die Aufwendungen können nicht erst gemacht werden, wenn die Leistung erbracht ist. Dieser Vertrauensschutz ließe sich auf das Prinzip des Vertrauensschutzes bezüglich des Bestandes eines Vertrages zurückführen¹⁸⁰. Aber gerade in diesem Moment liegt meines Erachtens der Grund für die Unrichtigkeit der Pollzitations-theorie: einerseits würde die Widerruflichkeit der Auslobung den Vertrauensschutz erforderlich machen, anderseits aber ließe sich dieser mit dem Wesen der einseitigen Verpflichtung keineswegs vereinbaren; denn das negative Interesse entsteht immer nur im Vertrauen in den Bestand oder die Wirksamkeit eines Vertrages. Aus diesem Widerspruch ergibt sich ein weiterer, nämlich der, daß einerseits die Auslobung eine einseitige Verpflichtung sein soll, die ihrem Wesen nach frei widerruflich ist, und daß anderseits dieses selbstverständliche Widerrufsrecht stets mit einer Schadenersatzpflicht belastet sein soll.

bb. Vertragstheorie.

Zur Begründung dieser Theorie hat vor allem Melliger sehr Beachtliches beigetragen. Er sieht im Umstand, daß die Leistung des Akzeptanten mit der Annahme zusammenfällt, daß also nach der Akzeption der Gegner des Auslobenden keine Leistung mehr zu erbringen hat, nur eine Eigentümlichkeit der Offerte, welche nach seinem Dafürhalten unwesentlich ist und damit zusammenhängt, daß die Akzeption nur durch die Leistung selbst erfolgen könne. Für ihn ist daher die Auslobung eine an eine unbestimmte Zahl von Personen gerichtete Offerte, die durch Leistung angenommen wird¹⁸¹. Freilich vermag nun diese Besonderheit der Realakzeption die Natur der Auslobung nicht zu bestimmen. Nun bestehen allerdings noch weitere Eigentümlichkeiten der Auslobung gegenüber jenem rechtlichen Gebilde, das wir allgemein als Offerte auffassen. Aber auch diese vermögen die Natur der Auslobung nicht zu beeinflussen:

¹⁸⁰ vgl. vorn § 9/I/B/2/e.

¹⁸¹ vgl. Melliger 200 ff.

1) Eine Besonderheit der Auslobung gegenüber der gewöhnlichen Offerte besteht hinsichtlich des Widerrufs. Während unter der Geltung des alten OR die Frage des Widerrufs der Auslobung, die Frage der Auslobung überhaupt, offen gelassen wurde, so können wir heute zur Beurteilung jener Frage OR 8/II heranziehen. Dieser Bestimmung ist zu entnehmen, daß der Widerruf zwar solange möglich ist, als die Leistung noch nicht erbracht ist, und zwar ist er ein Recht; aber an dessen Ausübung ist immer die Verpflichtung zum Ersatz der gemachten Aufwendungen geknüpft. Würde nun diese Bestimmung nicht zugleich eine Schadenersatzpflicht statuieren, so wäre das Vertrauen des Bewerbers gleichwohl zu schützen, und zwar im Sinne des Anspruchs auf Ersatz des negativen Interesses. Aus diesem Grunde kann man die Auslobung nicht als ihrem Wesen nach widerruflich betrachten. Wäre dies der Fall, dann allerdings könnte die Auslobung nicht als Offerte aufgefaßt werden. Die Unwiderruflichkeit der Offerte wäre aber nicht undenkbar. Der Grund, warum diese Lösung der Widerruflichkeit gefunden werden mußte, liegt wiederum darin, daß die Auslobung eine Offerte ad incertas personas, aber eben doch eine Offerte ist. Dieser Umstand vermag ihr den Charakter einer Offerte nicht zu nehmen. Würde die Auslobung in dieser Beziehung wie die Offerte behandelt, so käme in unserem Recht OR 9 (alt OR 7) zur Anwendung. Sowohl das alte wie das revidierte OR stehen nun bezüglich des Antrages auf dem Boden der Empfangstheorie, bzw. auf dem der Vernehmungstheorie für jene Fälle, in denen die mit dieser Theorie verbundenen Schwierigkeiten nicht auftauchen. Diese Schwierigkeiten wären aber im Falle der Auslobung zweifellos gegeben. Aus diesem Grunde wäre der Antragsteller vom Augenblick der Auskündigung, d. h. der objektiv möglichen Kenntnisaufnahme an gebunden. Diese Lösung wäre nun aber zu hart für den Auslobenden: die Gefahr, daß sich die Umstände, die zur Auslobung führen oder unter denen zum mindesten die Auslobung stattfindet, schnell ändern, ist naturgemäß bedeutend größer als die entsprechende Gefahr bei der Offerte. Sie wird dadurch noch erhöht, daß sie an eine unbestimmte Zahl von Personen gerichtet ist. Diese

Widerruflichkeit bedeutet also nicht eine der Auslobung immanente Eigenschaft¹⁸².

2) Die Auslobung läßt gegenüber der gewöhnlichen Bindung eine weitergehende oder eine weniger weit gehende zu: diese Besonderheit geht aus jener eben erwähnten Eigentümlichkeit der Möglichkeit des Widerrufs bis zur Erbringung der Leistung hervor:

a. Weitergehende Bindung:

Während ein Widerruf der gewöhnlichen Offerte nicht mehr möglich ist vom Empfang der Mitteilung an, so ist bei der Auslobung der Widerruf bis zur Akzeption möglich. Der Auslobende kann sich nun aber für eine bestimmte Zeit dergestalt an die Auslobung binden, daß ein Widerruf während dieser Zeit ausgeschlossen ist. Im Falle des trotzdem erfolgenden Widerrufs hat der Bewerber Anspruch auf Ersatz des positiven Interesses¹⁸³. Die Ansetzung einer Frist für die Erbringung der Leistung bedeutet aber nicht schon Verzicht auf Widerruf¹⁸⁴.

b. Weniger weit gehende Bindung:

Der Auslobende ist zwar zum Widerruf berechtigt bis zur Akzeption, der gewöhnliche Offerent nur bis zum Empfang der Mitteilung. Insofern ist die Bindung der Auslobenden sowieso weniger weit gehend. Nun kann sie aber noch gemildert werden, indem sich der Auslobende das Widerrufsrecht vorbehält, so daß es ihm jederzeit vor Vollziehung der Leistung zusteht und er auch nicht schadenersatzpflichtig wird¹⁸⁵.

Da nun aber jene Besonderheit der Auslobung gegenüber der gewöhnlichen Offerte hinsichtlich des Widerrufsrechts mit

¹⁸² Es handelt sich in diesem Abschnitt zwar darum, den Nachweis dafür zu erbringen, daß die Besonderheiten der Auslobung gegenüber der gewöhnlichen Offerte keinen Einfluß auf die Natur der Auslobung haben, so daß wir uns, um diesen Beweis zu führen, nicht bereits auf den Boden der Vertragstheorie stellen dürfen. Wenn ich hier aber von der Vertragstheorie ausgehe, dann tue ich dies nicht im Rahmen jener Beweisführung, sondern um festzustellen, welches die Konsequenzen der Vertragstheorie hinsichtlich des Widerrufs sind für den Fall ihrer Richtigkeit wären.

¹⁸³ vgl. Oser Art. 8 N 23.

¹⁸⁴ a. M. Fick Art. 8 N 17.

¹⁸⁵ vgl. Oser Art. 8 N 23.

der Auslobung verbunden worden ist, so kann nicht nur sie bei der Beurteilung der Natur der Auslobung nicht berücksichtigt werden, sondern auch diese ihre Auswirkungen können keinen Einfluß in diesem Sinne haben.

3) Da einerseits zur Erbringung der Leistung durch den Gegner des Auslobenden in der Regel gewisse Vorbereitungen und Aufwendungen nötig sind, die sich über eine bestimmte Zeitspanne erstrecken und anderseits die Akzeption nur in irgendeinem Stadium des Tätigwerdens liegen kann¹⁸⁶, so entsteht einerseits die Frage, wann die Akzeption als erfolgt gelte und anderseits die Frage, bis zu welchem Zeitpunkt ein Widerruf möglich sei. Ihre Beantwortung soll uns zeigen, ob diese Besonderheit der Auslobung den Charakter einer Offerte ausschließe.

a. Frage des Zeitpunktes der Annahme.

Die verschiedensten Stadien wurden da zwischen den beiden Extremen als maßgebend erklärt, einerseits der bloß ausdrücklichen Erklärung vor erbrachter Leistung und anderseits der direkten Willensäußerung nach der Uebermittlung des Ergebnisses der unternommenen Leistung. Die herrschende Meinung geht dahin, daß die Annahme durch das Tätigwerden auf Grund der Auslobung erfolge. Dieser Ansicht ist durchaus beizustimmen. Aber nicht nur im Tätigwerden auf Grund der Auslobung, mit Rücksicht auf diese, ist die Annahme zu erblicken, sondern auch dann liegt Annahme vor, wenn eine ohne Rücksicht auf Kenntnis oder Unkenntnis einer stattgefundenen Auslobung erfolgte Leistung für die Annahme einer Auslobung verwertet wird¹⁸⁷. Insofern muß also jene Mittellösung eine Modifikation erfahren. Eine bloße Erklärung könnte aber niemals als genügend erachtet werden; denn jeder Bewerber hätte so die Möglichkeit, dem Auslobenden den Widerruf unmöglich zu machen, bevor er selbst Aufwendungen gemacht hätte. Der Auslobende will nicht jedem, sondern nur dem Leistenden gegenüber verpflichtet sein¹⁸⁸.

¹⁸⁶ Die Begründung dafür findet sich bei der Behandlung der ersten der folgenden Fragen.

¹⁸⁷ vgl. Fick Art. 8 N 7.

¹⁸⁸ vgl. Melliger 201/202.

Die Besonderheit der Annahme der Auslobung hängt damit zusammen, daß die Auslobung an unbestimmte Personen gerichtet ist, denen gegenüber der Versprechende erst dann verpflichtet sein will, wenn sie die Leistung erbringen. Diese Eigentümlichkeit schließt aber nicht aus, daß die Auslobung eine Offerte ist.

b. Frage, bis zu welchem Zeitpunkt ein Widerruf möglich sei.

Die Beantwortung dieser Frage kann, vom Standpunkt der Vertragstheorie aus, einerseits mit der Annahme des Zeitpunkts der Akzeption zusammenhängen, nämlich insofern, als bis zu diesem Zeitpunkt grundsätzlich der Widerruf als zulässig anerkannt wird, andererseits kann diese Frage damit im Zusammenhang stehen, daß die Ausführung der Leistung in der Regel längere Zeit dauert, nämlich insofern, als nach der Empfangstheorie der Offerent vom Moment der möglichen Kenntnisnahme bis zu dem Moment gebunden ist, in dem die Leistung, für welche die Belohnung ausgesetzt ist, erfolgt sein könnte. Melliger als Vertreter der Ansicht, daß der Zeitpunkt der Akzeption auch maßgebend sei für die Möglichkeit des Widerrufs, kommt deshalb zu diesem Ergebnis, weil er auch bei der gewöhnlichen Offerte einen Widerruf als zulässig erachtet bis zu dem Zeitpunkt, da sie angenommen ist. Er müßte nun aber konsequenterweise zum Ergebnis kommen, daß bis zu jenem Zeitpunkt, da ein Widerruf möglich ist, der Auslobende, falls er von diesem Recht Gebrauch machte, weder zur Leistung des Erfüllungs- noch des negativen Interessesatzes verpflichtet wäre, nach jenem Zeitpunkt jedoch zum Ersatz des positiven Interesses. Für das gemeine Recht erklärt er nun aber den Widerruf bis zum Zeitpunkt der Akzeption für statthaft unter der Verpflichtung des Auslobenden zum Ersatz des negativen Interesses gegenüber allen denjenigen, die bereits tätig geworden sind. Für das schweizerische OR gibt er aber eine andere Lösung, jedoch mit Rücksicht darauf, daß in unserem Recht die Offerte eine andere Regelung gefunden hat¹⁸⁹. Er unterstellt

¹⁸⁹ vgl. Melliger 200 ff.

also die Auslobung vor deren positivrechtlicher Normierung der Regelung der Offerte, und dies nach meinem Dafürhalten durchaus mit Grund. Unzutreffend scheint mir dagegen die Lösung, die Marcusen für den Rechtszustand vor Einführung des Art. 8 rev. OR geben wollte: Er betrachtet die Auslobung zwar unter dem Gesichtspunkt einer Offerte. Aus dem Umstand aber, daß kein bestimmter Oblat vorhanden ist, auf dessen Antwort gewartet werden müßte, schließt er, daß der Antragssteller an seine Offerte nicht gebunden sei¹⁹⁰. Dazu ist nun aber folgendes zu sagen: Auch bei der Auslobung läßt sich eine Antwort erwarten, nämlich die Leistung einer vorläufig noch unbestimmten Person, und der Zeitraum der Gebundenheit kann doch nicht nach der Kenntnis der individuellen Verhältnisse bestimmt werden; so müßte auch der gewöhnliche Offerent beim Antrag an eine bestimmte Person die individuellen Verhältnisse der letzteren kennen, damit er gebunden wäre¹⁹¹.

Aus all diesen Gründen komme ich zum Ergebnis, daß der Annahme, die Auslobung sei als Offerte zu betrachten, nichts im Wege steht¹⁹² und daß wir uns daher auf den Boden der Vertragstheorie stellen müssen¹⁹³. Von diesem Standpunkt und nur von diesem Standpunkt aus läßt sich die Schadenersatzpflicht von OR 8/II erklären: Die Auslobung sollte ihrer Natur nach unwiderruflich sein wie die gewöhnliche Offerte (d. h. widerruflich bis zum Empfang der Mitteilung), weil sie aber aus Gründen, die ihre Natur durchaus nicht bestimmen, doch widerruflich gemacht werden mußte, so konnte einerseits das Vertrauen des Adressaten nicht im Sinne der Erfüllungspflicht des Auslobenden geschützt werden, anderseits mußte darum sein Vertrauen in das Zustandekommen des Vertrages auf andere Weise geschützt werden¹⁹⁴. Es wurde aber

¹⁹⁰ vgl. Marcusen 181.

¹⁹¹ vgl. Melliger 203.

¹⁹² Das war die negative Seite der Begründung; zur positiven Begründung ist die Stellung der Auslobung im Rahmen der Offerte hervorzuheben.

¹⁹³ Der Ausdruck Rücktritt ist daher nicht richtig (vgl. Hodler: Der Widerruf im Schweizerischen Obligationenrecht (Berner Diss. 1909) S. 9 bis 18, 72 ff.; a. M. Becker Art. 8 N 11).

¹⁹⁴ Das Vertrauen auf das Zustandekommen des Vertrages ist hier aus demselben Grunde berechtigt wie im Falle des Vertrauens darauf, daß die Bindung an eine Offerte noch bestehe (vgl. vorn § 9/I/B/2/e).

nicht im Sinne des negativen Interesseersatzes geschützt¹⁹⁵. Es kann wohl kein Zweifel darüber bestehen, daß der durch den Auslobenden gemäß OR 8/II zu ersetzende Schaden auf einen Teil des negativen Interesses, nämlich auf den positiven Schaden beschränkt ist, der mit der Erweckung und Täuschung des Vertrauens in das Zustandekommen des Vertrages in adäquatem Kausalzusammenhang steht. Es handelt sich dabei vor allem um Auslagen, die in guten Treuen gemacht worden sind¹⁹⁶. Aber auch andere positive Schadensposten sind auf Grund von OR 8/II zu ersetzen. Das negative Interesse umfaßt aber auch den infolge Versäumens einer anderen Gelegenheit entstandenen Schaden, d. h. auch den infolge Entganges eines Gewinns entstandenen. Der Verzicht auf die Benützung einer anderweitigen Gelegenheit kann wohl ein Handeln nach Treu und Glauben sein, aber doch keine Aufwendung in guten Treuen¹⁹⁷. Kraft besonderer Bestimmung ist also die negative Interessehaftung *a u s - g e s c h l o s s e n* worden; andernfalls müßte sie angenommen werden, aber nur unter der Voraussetzung des Verschuldens des Auslobenden. Demgegenüber bestimmt Art. 8/II eine Ersatzpflicht ohne Rücksicht auf Verschulden, welche den Bedürfnissen des Verkehrs weit eher gerecht wird als die an das Verschulden anknüpfende negative Interessehaftung¹⁹⁸. Der Umstand, daß nur das *damnum emergens* zu ersetzen ist, läßt sich durchaus rechtfertigen, wenn man in Betracht zieht, daß einerseits der Nachweis entgangenen Gewinns praktisch kaum je geführt werden könnte und daß anderseits der Auslobende einer unbestimmten Zahl von Personen ersatzpflichtig werden kann, so daß infolge einer möglichen Summierung der verschiedenen negativen Interessen die Gefahr bestünde, daß das Widerrufsrecht illusorisch würde, und daß dritterseits der Bewerber unter Umständen gar nichts erhalten hätte, auch keine Entschädigung für seine Auslagen, nämlich dann, wenn seine Leistung den gestellten Anforderungen nicht entsprochen hätte.

¹⁹⁵ a. M. Oser Art. 8 N 22.

¹⁹⁶ vgl. OR 8/II.

¹⁹⁷ vgl. Simonius 276.

¹⁹⁸ Die Vertrauenserweckung und -täuschung ist hier unabhängig vom Verschulden (vgl. hinten § 12/I/C/1).

Allerdings erhält der Bewerber nur dann seine Aufwendungen ersetzt, wenn der Auslobende nicht beweisen kann, daß ihm die Leistung doch nicht gelungen wäre. Die Unmöglichkeit dieses Nachweises in concreto schließt aber die Möglichkeit des Mißlingens der Leistung nicht aus. Dieser Umstand fällt umsomehr ins Gewicht, als in den meisten Fällen dieser Gegenbeweis des Auslobenden nicht nur sehr schwierig, sondern geradezu unmöglich ist.

II. Die negative Interessehaftung trotz Verletzung einer vertraglichen Pflicht

A. Grundsatz für den Rücktritt

Wer das Rücktrittsrecht infolge Schuldnerverzuges ausübt, kann nicht nur die versprochene Leistung verweigern und Rückerstattung des bereits Geleisteten fordern, sondern er hat auch Anspruch auf Schadenersatz. Unter der Herrschaft des alten OR (Art. 124) bestanden Zweifel darüber, ob es sich dabei um den Ersatz des Erfüllungs- oder des negativen Interesses handelte¹⁹⁹. Das revidierte OR hat in Art. 109 eine zweifelsfreie Regelung aufgestellt, wonach das negative Interesse zu ersetzen ist.

Der Gläubiger, der bei Verzug des Schuldners die vertragsmäßig geschuldete Leistung nicht erbringen will, kann nicht auch das verlangen, was ihm im Falle der Aufrechterhaltung des Vertrages zukäme²⁰⁰. Freilich handelt es sich beim Rücktritt und bei dem damit verbundenen Schaden um eine Folge der Nichterfüllung eines Vertrages. Es muß dem Zurücktretenden nicht deshalb das negative Interesse ersetzt werden, weil sein

¹⁹⁹ vgl. Hafner: Das Schweizerische Obligationenrecht (2. A. Zürich 1905) Art. 124 N 2; Blumenstein: Begriff und Bedeutung des Verschuldens in OR Art. 124, 125, ZBJV 36 (1900) 289 ff.; die Praxis sprach sich eher für das Erfüllungsinteresse aus: vgl. z. B. BGE 19, 932; 26 II 139; 29 II 517; 40 II 140.

²⁰⁰ vgl. Oser Art. 109 N 7.

Vertrauen in die Wirksamkeit des Vertrages erweckt und getäuscht worden wäre, sondern weil der Gläubiger, der es im Falle des Verzichts auf die nachträgliche Erfüllung unter den bestimmten Voraussetzungen von OR 107 in der Hand hat, den Vertrag aufrecht zu erhalten oder dahinfallen zu lassen, das letztere vorgezogen hat, um so die eigene Leistung nicht erbringen zu müssen, und weil er daher nicht berechtigt sein kann, trotzdem das zu verlangen, was er hätte, wenn der Vertrag erfüllt worden wäre. Durch den Rücktritt nimmt das bisherige Schuldverhältnis die Erscheinungsform eines Auflösungsverhältnisses an²⁰¹. Durch die Ausübung dieses Wahlrechts bestimmt aber der Gläubiger freilich nicht das Verhalten des Schuldners²⁰². Das zum Schadenersatz verpflichtende Verhalten ist nach wie vor dasselbe: es ist die Nichterfüllung. Aber das negative Interesse muß geleistet werden als adäquate Folge der bestimmten Ausübung des Gläubigerwahlrechtes, das seinerseits die unmittelbare Folge der Vertragsverletzung ist. Unmittelbarer Rechtsgrund der negativen Interessshaftung ist hier also die Gleichheit der dadurch geschaffenen Situation mit der durch die widerrechtliche Vertrauenserweckung und -täuschung hervorgerufenen. Die Tatsache, daß das negative Interesse zu ersetzen ist, bedeutet also nicht, daß im Verhalten des Schuldners die Erweckung und Täuschung des Vertrauens in die Wirksamkeit des infolge des Rücktritts unwirksam gewordenen Vertrages liege²⁰³. Es handelt sich hier also nicht um Vertrauensschaden im bisher betrachteten Sinn²⁰⁴. Aus diesem Grunde ist die Verwendung des Ausdrucks negatives Interesse im strengen Sinn des Wortes nicht richtig²⁰⁵. Vor allem aber ist nicht nur derjenige Schaden zu ersetzen, der in berechtigtem Vertrauen entstanden ist, sondern jeder (adäquate) Schaden, der dadurch entstanden ist, daß vom Vertrag überhaupt die Rede gewesen

²⁰¹ vgl. Stoll 544.

²⁰² vgl. Simonius 256.

²⁰³ a. M. Simonius 255.

²⁰⁴ Getäuscht wird aber das Vertrauen auf die Erfüllung, und dieses ist hier stets berechtigt.

²⁰⁵ vgl. vorn § 2/II/A.

ist. Blumenstein stützte sich für die Annahme, daß nicht ein vertragswidriges Verhalten des Schuldners der Grund der Schadenersatzpflicht sein könne, auf die Tatsache, daß in alt OR 124, 125 beim Gläubiger der Beweis des Verschuldens gelegen hatte²⁰⁶. Nach OR 109/II liegt nun aber die Beweislast hinsichtlich des Verschuldens beim Schuldner, und zwar hat dieser zu beweisen, daß ihn kein Verschulden an der Nichterfüllung und nicht, daß ihn kein Verschulden am Dahinfallen des Vertrages treffe²⁰⁷. Diese Zuweisung der Beweislast an den Schuldner ist nun aber, angesichts der Tatsache, daß das diese Haftung begründende Verhalten des Schuldners die Nichterfüllung ist, durchaus kein Widerspruch zu dem Umstand, daß nicht das Erfüllungsinteresse, sondern das negative Interesse zu ersetzen ist.

Gegen die Begründung, die Simonius dafür gibt, daß der negative Interesseeersatz nicht den dem Rücktritt adäquate Schadenersatz darstelle, daß aber anderseits der Rücktritt und der Ersatz des Erfüllungsinteresses keineswegs im Widerspruch zueinander stünden²⁰⁸, möchte ich folgendes einwenden: Zweifellos kann der Gläubiger, auch wenn er unter Aufrechterhaltung des Vertrages auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung klagt, seine Leistung, soweit es deren Natur zuläßt, mit der Schadenersatzforderung verrechnen. Was er also durch die Befreiung von der eigenen Leistungspflicht gewinnt, hat er einfach bei der Berechnung des Erfüllungsinteresses im Sinne eines Abzuges zu berücksichtigen. Diese Verrechnung ist aber eben nur soweit möglich, als es die Natur der Leistung zuläßt. Unter der Voraussetzung aber, daß eine Verrechnung möglich ist, hat der Gläubiger auch gar kein Interesse daran, seine Leistung nicht erbringen zu müssen. Gerade aber in den Fällen, in denen er daran ein Interesse hat, ist keine Verrechnung möglich, und es ist für ihn unter Umständen von großem Vorteil, daß er sich von der eigenen Leistungspflicht befreien kann; der Gläubiger hat ja die Wahl. Wenn er also den Rücktritt vorzieht, der ihn von seiner Leistungspflicht entbindet,

²⁰⁶ Blumenstein: a. a. O.

²⁰⁷ vgl. Simonius 259 N 64b.

²⁰⁸ vgl. Simonius 260.

dann hat er wohl seine Gründe dafür in dem Sinne, daß dieser Weg für ihn vorteilhafter sein wird. Aus diesem Grunde kann er nicht einerseits zurücktreten, anderseits aber doch das verlangen, was er hätte, wenn er die eigene Leistung erbringen müßte. Er kann aber auch für den Fall, daß das negative Interesse das positive übersteigt, nicht mehr als letzteres ersetzt verlangen: denn eine solche Ueberschreitung ist nur dann möglich, wenn ein günstigeres Geschäft als das vorliegende hätte abgeschlossen werden können²⁰⁹. Daß aber der Gläubiger dieses nicht abgeschlossen hat, dafür vermag sich der Schuldner nichts. Der Gläubiger hat nun einmal dieses ungünstigere Geschäft abgeschlossen. Für mehr als für die Erfüllung kann man den Schuldner nicht verantwortlich machen. An diese Beschränkung ist der Richter ein für allemal gebunden. Einerseits soll also der Gläubiger nicht sowohl den Vorteil haben, nicht erfüllen zu müssen, als auch das Erfüllungsinteresse ersetzt verlangen können, wie wenn er seiner Erfüllungspflicht nachkommen müßte²¹⁰, d. h. er soll bei Rücktritt nicht mehr, sondern eher weniger erhalten als bei Aufrechterhaltung des Vertrages, anderseits steht der Ersatz des negativen Interesses als Ersatz des dem Rücktritt entsprechenden Schadens in Frage, der aber das positive Interesse übersteigen kann, so daß das negative bis zur Höhe des positiven Interesseersatzes zu ersetzen ist²¹¹. Bei dieser Argumentation bin ich allerdings von der Austauschtheorie ausgegangen. Fällt nun aber nicht nach der Differenztheorie bei Aufrechterhaltung des Vertrages die beiderseitige Leistungspflicht weg? Gewiß, aber ein Unterschied gegenüber dem Rücktritt besteht doch insofern, als beim Rücktritt der Gläubiger seine bereits erbrachte Leistung zurückfordern kann, bei der Wahl der Aufrechterhaltung des Vertrages die Rückforderung dagegen ausgeschlossen ist. Dieser Unterschied allein würde allerdings den Ersatz des Erfüllungsinteresses im Falle des Rücktritts nicht ausschließen. Nun erbringt aber der Gläu-

²⁰⁹ Aber auch unter dieser Voraussetzung tritt diese Ueberschreitung nur dann in jedem Fall ein, wenn das negative Interesse als Folge der Verletzung einer vertraglichen Pflicht ersetzt werden muß (vgl. hinten § 10/II/C Einleitung).

²¹⁰ a. M. Lemp 51 ff.

²¹¹ vgl. hinten § 10/II/C/2/a/bb.

biger seine Leistung beim Rücktritt nicht, wohl aber bei der Wahl des Differenzanspruchs, wenn auch nicht in natura, so doch dem Werte nach, da er sich diesen auf den Schadenersatzanspruch anrechnen lassen muß. Dieser Umstand kann sich aber nicht in dem Sinne auswirken, daß im Falle der Aufrechterhaltung des Vertrages das Erfüllungsinteresse zu ersetzen wäre, im Falle des Rücktrittes dagegen nur das negative. Der Einwand gegen die Differenztheorie, sie komme dem Rücktritt unter Ersatz des positiven Interesses gleich, ist durchaus haltbar, wenn auch in einem konkreten Fall ein Unterschied zwischen dem Vorgehen nach der Differenztheorie und dem Rücktritt bestehen kann: R e g e l m ä ß i g ist doch die p r a k t i s c h e Situation für den Gläubiger dieselbe, ob er den Vertrag aufrecht erhält unter Vorgehen nach der Differenztheorie oder ob er vom Vertrag zurücktritt. Würde also für unser Recht die Differenztheorie zu befürworten sein, so wäre auch nicht einzusehen, warum der zurücktretende Gläubiger schlechtweg nur einen Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses hat. Aus diesem Grunde steht unser Recht grundsätzlich auf dem Boden der Austauschtheorie, und OR 191/II und III und OR 215 stellen Abweichungen von diesem Grundsatz dar. Es sind allerdings auch Fälle denkbar, in denen die Natur des Vertrages oder der Situation (z. B. im Falle der vorzeitigen Entlassung eines Dienstpflichtigen oder im Falle der Vertragsauflösung aus wichtigen Gründen) die Anwendung der Austauschtheorie nicht zuläßt²¹². Verzicht auf nachträgliche Erfüllung unter Aufrechterhaltung des Vertrages bedeutet nur, daß an Stelle der ursprünglichen, der primären Leistung des Schuldners der Erfüllungsersatz, die sekundäre Leistung, tritt, während im übrigen das Vertragsverhältnis keine Aenderungen erfährt²¹³.

Aus diesen Gründen braucht für die Statuierung der negativen Interessehaftung in OR 109/II keineswegs der Umstand maßgebend gewesen zu sein, daß man das negative Interesse für einen auf besondere Art berechneten Schaden von stets

²¹² vgl. z. B. hinten § 9/II/B/2/b/bb/bbb und § 10/III/A/1/b/aa/aaa.

²¹³ Ueber die Austausch- und Differenztheorie: vgl. Lemp 44 ff.; Secrétan, Journal des Tribunaux 1947, No. 2.

beschränktem Umfang hielt. Aber auch die Vorstellung, daß infolge des Rücktritts das Schuldverhältnis erlösche, als wäre es nie geschlossen worden, braucht durchaus nicht entscheidend gewesen zu sein bei der Normierung von OR 109/II.

Der Einwand, es liege im Interesse der Rechtssicherheit, daß die Rechtsfolgen der verschiedenen Ausübung des dem Gläubiger nach OR 107 ff. zustehenden Wahlrechts nicht wesentlich verschiedene seien, so daß vor allem eine Spekulation des Gläubigers nicht möglich sei²¹⁴, scheint mir nicht gerechtfertigt zu sein; denn der Gläubiger kann deshalb nicht spekulieren, weil er den Zeitpunkt der Wahlerklärung nicht wählen kann (OR 107/II). Andernfalls wäre allerdings an sich eine Spekulation möglich, indem der Gläubiger jederzeit je nachdem Erfüllung, bzw. Ersatz des Erfüllungsinteresses oder Ersatz des negativen Interesses verlangen könnte. Wenn er nun aber zurücktritt, so darf der negative Interesseersatz den positiven nicht übersteigen²¹⁵. Ersatz des positiven Interesses zu verlangen, dazu hat er aber jederzeit sein gutes Recht. Eine Spekulation ist also ohnehin ausgeschlossen²¹⁶.

In vielen Fällen wird aber das negative Interesse das positive überhaupt nicht übersteigen, weil der Gewinn, der aus einem anderen Geschäft hätte gezogen werden können, insofern entsprechend den Schwankungen des Erfüllungsinteresses verändert wird, als es sich um ein Geschäft derselben Natur handelt. Trifft letzteres zu, dann erhebt sich die Frage der Spekulationsmöglichkeit überhaupt nicht.

Abgesehen davon, hatte der Schuldner jedenfalls die Möglichkeit, durch vertragsgemäßes Verhalten eine Spekulation zu vermeiden.

Auch wenn es in der Praxis gegebenenfalls schwer zu entscheiden ist, ob der Schadenersatz fordernde Gläubiger zurückgetreten ist oder ob er den Vertrag aufrecht erhält²¹⁷, so ist dieser Umstand nach meinem Dafürhalten, abgesehen von

²¹⁴ vgl. Simonius 261.

²¹⁵ vgl. hinten § 10/II/C/2/a/bb.

²¹⁶ Anders verhält es sich im Fall der Spekulation auf Grund von OR 31/I (vgl. vorn S. 152/53).

²¹⁷ vgl. Praxis des Bundesgerichts, 5 (1916) S. 4 ff.

den übrigen Erwägungen, noch kein Grund dafür, in beiden Fällen denselben Schadenersatzanspruch, nämlich den Anspruch auf Ersatz des positiven Interesses, zu gewähren.

Nach Simonius hat die Aufnahme dieser neuen Wahlmöglichkeit ins revidierte OR nur den Sinn, das Vorgehen des Gläubigers zu vereinfachen; diese Neuerung hätte aber nicht dazu verleiten sollen, dieser anfechtbaren begrifflichen Konstruktion des Rücktritts zuliebe an diesen prinzipiell andere Rechtsfolgen zu knüpfen²¹⁸. Er anerkennt also, daß nach OR 109/II das negative Interesse zu ersetzen sei, betrachtet aber diese Bestimmung als einen Fremdkörper in unserem Recht. Er verweist auf Stellen, in denen das Gesetz mit dem Rücktritt eine Verpflichtung zum Schadenersatz verbinde, wobei es aber nicht an das negative Interesse denke. Die Frage, ob OR 109/II in unserem Recht wirklich einen Fremdkörper darstelle, indem in den übrigen Fällen, in denen das Gesetz von einem Rücktritt spricht und damit eine Verpflichtung zum Schadenersatz verbindet, das Erfüllungsinteresse gemeint sei, oder ob diese Fälle nicht vielmehr Anwendungsfälle von OR 109 seien, wird uns nunmehr beschäftigen.

Freilich ist der Ersatz des negativen Interesses im Falle des Rücktritts nach OR 107 unter dem Gesichtspunkt, daß er an die Verletzung einer vertraglichen Pflicht anknüpft, rein äußerlich betrachtet, ein Fremdkörper. Aber er ist nicht zufällig, er ist vielmehr begründet. Wann immer die Voraussetzungen seiner Statuierung gegeben, die entsprechenden Ueberlegungen anzustellen sind, fällt allein diese Schadenersatzpflicht in Betracht, wenn nichts Abweichendes bestimmt ist. Die bloß scheinbare Ausnahmebestimmung des Art. 109/II stellt, in Abweichung des Prinzips des positiven Interesseersatzes im Falle der Vertragsverletzung, ein neues Prinzip auf, dessen innerer Grund der Gedanke ist, daß es nicht gerecht wäre, wenn der Gläubiger, trotzdem er die Variante der Aufhebung des Vertrages gewählt hat, den Ersatz des Erfüllungsinteresses beanspruchen könnte. Fraglich ist nur, ob der Grundsatz von OR 109/II auch dann Anwendung finde, wenn diese

²¹⁸ vgl. Simonius 262 ff.

ratio nicht gegeben ist und umgekehrt. Dies zu prüfen, das ist der Zweck der folgenden Betrachtungen, die zugleich das Anwendungsgebiet der negativen Interessehaftung trotz Verletzung einer vertraglichen Pflicht abstecken sollen.

B. Das Verhältnis der Vertragsauflösung zum Grundsatz der negativen Interessehaftung im Falle des Rücktritts infolge Verzuges

Die Aufgabe der folgenden Untersuchungen besteht in erster Linie darin klarzulegen, inwieweit der Grundsatz von OR 109/II auf die Vertragsauflösung überhaupt Anwendung findet. Sodann ist einerseits festzustellen, ob in den Fällen, in denen dieser Grundsatz zur Anwendung kommt, auch stets der Grund dafür gegeben ist, daß trotz Nichterfüllung, also trotz Verletzung einer vertraglichen Pflicht, nicht das Erfüllungs-, sondern das negative Interesse zu ersetzen ist, und anderseits, ob in den übrigen Fällen jener Grund stets nicht vorliege. Auf Grund dieser Untersuchung wird es möglich sein, zur Frage, ob OR 109/II einen Fremdkörper in unserem Recht darstelle oder nicht, Stellung zu nehmen. Als Rücktritt fasse ich dabei nur die Vertragsauflösung ex tunc auf.

1. Anwendungsbereich des Grundsatzes von OR 109/II

a. Anwendung dieses Grundsatzes im Falle mangelnder Regelung der Vertragsauflösung infolge Verzuges.

Es handelt sich hier um die Fälle der Vertragsauflösung infolge Verzuges, in denen weder die Voraussetzungen noch die Folgen der Vertragsauflösung geregelt sind. Mangels von den allgemeinen Bestimmungen OR 107 ff. abweichender Vorschriften müßten wir diese Grundsätze auch dann anwenden, wenn sie uns im einzelnen Vertragsverhältnis als ungerechtfertigt erschienen.

aa. Bei gesetzlich normierten Vertragstypen.

aaa. Im O R.

1) Kaufvertrag (Verzug des Verkäufers im allgemeinen kaufmännischen und im bürgerlichen Verkehr).

Das OR enthält Bestimmungen über den Verzug des Verkäufers sowohl im kaufmännischen wie im bürgerlichen Verkehr (OR 190/191). Ausdrücklich regelt es zwar nur die beiden Möglichkeiten der Forderung der Erfüllung einerseits und des Verzichts auf nachträgliche Erfüllung unter Aufrechterhaltung des Vertrages und Forderung von Schadenersatz wegen Nichterfüllung andererseits. Für den kaufmännischen Verkehr mit bestimmtem Lieferungstermin will es aber gerade damit das Rücktrittsrecht ausschließen (OR 190). Es kann nur Erfüllung, bzw. Schadenersatz wegen Nichterfüllung unter Aufrechterhaltung des Vertrages gefordert werden. Rev. OR 190 tritt damit in Gegensatz zu alt OR 234/I. Vergeblich wurden in der Expertenkommission Gegenvorschläge gemacht²¹⁹. Man wollte den Käufer nach dem neuen Gesetz nicht schlechter stellen als nach dem alten. Jedenfalls kann sich die Beschränkung dieser Wahlrechte für den Käufer nicht nachteilig auswirken; denn der Vorteil, den die Entbindung von der eigenen Leistungspflicht für ihn bedeutete, würde dadurch kompensiert, daß er nicht Ersatz des Erfüllungs-, sondern nur²²⁰ des negativen Interesses fordern könnte, welches im Maximum bis zur Höhe des Erfüllungsinteresseersatzes ersetzt würde. Diese Beschränkung der Wahlrechte des Käufers im kaufmännischen Verkehr bei Verabredung eines bestimmten Lieferungstermins leuchtet nicht

²¹⁹ vgl. Sitzungs-Protokoll der Experten-Kommission O. R. II vom 14. Oktober 1908, S. 5 ff.; Oser Art. 190 N 14; Fick Art. 190 N 38; Becker Art. 190 N 6.

²²⁰ Dieses „Nur“ ist mit Rücksicht darauf, daß das negative Interesse in der Regel kleiner ist als das positive und daß, wenn es ausnahmsweise größer ist, im vorliegenden Fall nicht über den Betrag des Erfüllungsinteresseersatzes hinaus ersetzt wird, durchaus gerechtfertigt (vgl. hinten § 10/II/C/2/a/bb).

ein. Daß sie aber eindeutig gewollt war, geht aus den Beratungen der Expertenkommission hervor²²¹.

Der Käufer im kaufmännischen Verkehr nimmt im Falle der Verabredung eines bestimmten Lieferungstermins gegenüber dem Käufer im allgemeinen aber auch insofern eine Sonderstellung ein, als er einerseits sofort, ohne nochmalige Fristansetzung, das Wahlrecht ausüben kann, andererseits aber das Recht auf Erfüllung verwirkt, wenn er dem Verkäufer nach Ablauf des Termins nicht unverzüglich davon Anzeige erstattet, daß er die Lieferung verlange. Der Grund dieser Sonderbehandlung ist klar ersichtlich²²².

Statt dessen kann der Gläubiger in diesem besonderen kaufmännischen Verkehr aber nicht etwa nach den allgemeinen Bestimmungen OR 107 ff. vorgehen. Insbesondere kommt OR 109/II nicht zur Anwendung, weil überhaupt der Rücktritt ausgeschlossen ist (a. M. BGE 49 II 34; 65 II 173). Im allgemeinen kaufmännischen Verkehr ist aber der Rücktritt des Käufers im Falle des Verzuges des Verkäufers nicht ausgeschlossen. OR 191 enthält keine Regelung der Vertragsauflösung. Absatz I bildet die Grundlage für die in den Absätzen II und III enthaltene Anwendung der Grundsätze von OR 97 ff. In OR 191/II und III ist eine besondere Regelung der Berechnung des positiven Interesses enthalten. Für die Annahme, daß OR 191 nicht nur auf OR 190 Bezug nimmt, sprechen folgende Gründe:

a. Auch OR 215, die zu OR 191 analoge Bestimmung, lautet allgemein und bezieht sich auf den Kauf im kaufmännischen Verkehr schlechthin.

b. OR 191/II spricht vom Schaden im kaufmännischen Verkehr. Daraus darf wohl der Schluß gezogen werden, daß auch der übrige Inhalt sich auf jeden kaufmännischen Verkehr bezieht²²³. Dieser Umstand berechtigt nun aber keineswegs zur Annahme, daß der Käufer im kaufmännischen Verkehr allgemein nur die beiden Wahlrechte der Erfüllung und des Schadenersatzes wegen Nichterfüllung besitze. Es stehen ihm nach OR

²²¹ vgl. Oser Art. 190 N 14; Fick Art. 190 N 38; a. M. Lemp 74.

²²² vgl. Oser Art. 190 N 5.

²²³ vgl. Oser Art. 191 N 1.

191/II und III Möglichkeiten zu, von denen er nicht Gebrauch machen muß. Er kann auch nach den allgemeinen Regeln vorgehen.

Im Falle des Verzuges des Verkäufers im bürgerlichen Verkehr hat der Käufer, mangels abweichender Regelung, alle drei Wahlrechte von OR 107. Im Falle des Rücktritts kommt daher OR 109/II zur Anwendung. Auch wenn die Waren einen Markt- oder Börsenpreis haben und daher eine Berechnung des Schadens nach OR 191/III möglich ist²²⁴, so gilt das eben nur für den Fall der Aufrechterhaltung des Vertrages; tritt der Käufer aber zurück, so muß er sich mit dem negativen Interesseersatz begnügen.

Auch der Umstand, daß der Beweis des entgangenen Gewinns ganz erhebliche Schwierigkeiten mit sich bringt, vermag nicht zu bewirken, daß der Käufer im Falle des Rücktritts Ersatz des Erfüllungsinteresses zu fordern berechtigt wäre. Es handelt sich hier um eine Frage der praktischen Durchführbarkeit der Berechnung des negativen Interesses; niemals dürfen aber praktische Schwierigkeiten der Durchführung der allein richtigen Lösung zu einer anderen Lösung führen.

Wir kommen zum Schluß, daß im Falle des Verzuges des Verkäufers der Käufer im bürgerlichen, sowie im kaufmännischen Verkehr ohne Verabredung eines bestimmten Lieferungs-termins nach den allgemeinen Grundsätzen von OR 107 ff. auch zum Rücktritt unter Forderung des negativen Interesseersatzes berechtigt ist. Aber auch die ratio der Statuierung dieses Schadenersatzanspruchs ist im Falle der Ausübung des dem Käufer zustehenden Wahlrechts gegeben, indem dieser von der eigenen Leistungspflicht befreit wird.

2) Tauschvertrag.

Der Tauschvertrag hat in unserem Recht hinsichtlich der Vertragsauflösung infolge Verzuges keine besondere Regelung erfahren. OR 237 verweist nun aber auf die Vorschriften über den Kaufvertrag, sodaß dieselben besonderen Normen wie beim Kauf hinsichtlich der Vertragsauflösung wegen Verzuges beim

²²⁴ OR 191/III und die entsprechende Bestimmung OR 215/II beziehen sich auch auf den bürgerlichen Kauf.

Tausch Anwendung finden, aber nur soweit, als die Natur des Tauschvertrages dies zuläßt: Es erscheint zwar jede Partei hinsichtlich der Sache, die sie versprochen hat, als Verkäufer, hinsichtlich derjenigen, die ihr versprochen worden ist, als Käufer. Käufer kann aber jede Partei nur im Blick auf ihre Forderung sein, nicht aber hinsichtlich ihrer Verpflichtung; denn diese besteht ja ebenfalls in der Hingabe einer Sache und nicht etwa in der Leistung einer Geldsumme. Die Stellung jeder Partei als Schuldner entspricht derjenigen des Verkäufers. Daher kann keine Partei als Käufer in Verzug kommen, sondern immer nur als Verkäufer. Aus diesem Grunde können OR 214 und 215 keine Anwendung finden auf den Tauschvertrag. Dagegen stehen jeder Partei im Falle des Verzuges der anderen Partei dieselben Rechte zu wie dem Käufer gegenüber dem säumigen Verkäufer (OR 190 und 191).

3) Entgeltliches Darlehen.

Auch hier sind die Verzugsfolgen nicht besonders geregelt. Wir sind daher ohne weiteres berechtigt, die Grundsätze von OR 107 ff. anzuwenden.

3a) Verzug des Darleihers.

Die Leistung des Darleihers besteht in der Hingabe einer bestimmten Summe Geldes. Kommt er in Verzug, so kann der Borger die Rechte aus OR 107 ff. geltend machen. Er kann daher entweder den Vertrag aufrecht erhalten und Ersatz des Erfüllungsinteresses verlangen oder aber vom Vertrag zurücktreten und Ersatz des negativen Interesses beanspruchen. Ein Verzug des Darleihers ist nach unserem Recht deshalb möglich, weil das Darlehen nach ihm ein Konsensualvertrag ist.

3b) Verzug des Borgers.

Gegenleistung des Borgers ist nicht etwa die Rückerstattung der ihm übertragenen Sache, sondern nur eine dafür bezahlte Vergütung. Das Gesetz stellt für den Verzug des Borgers keine von den allgemeinen Vorschriften abweichenden Normen auf²²⁵. Es gilt das Entsprechende zu dem über den Verzug

²²⁵ vgl. Lemp 85.

des Darleihers Gesagten. Hier wie dort ist der Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses der dem Rücktritt angemessene Schadenersatzanspruch, indem die ratio der negativen Interessehaftung gegeben ist.

4) Miete und Pacht (Verzug des Vermieters, bzw. des Verpächters).

Das Gesetz enthält über diesen Verzug, ausgenommen den Verzug des Vermieters im Falle des späteren Eintritts vertragswidrigen Zustandes (vgl. hinten § 9/II/B/1/b/aa/3b)), keine besonderen Bestimmungen. Daher sind die Vorschriften OR 107 ff. anwendbar. Hinsichtlich der Ausübung der Wahlrechte stellt sich noch die Frage, ob sie auch hinsichtlich der noch nicht abgelaufenen Miet-, bzw. Pachtzeit oder aber nur für die bereits abgelaufene Miet-, bzw. Pachtzeit, in der der Miet-, bzw. Pachtbesitz hätte eingeräumt werden sollen, möglich sei. In der Regel wird es genügen nachzuweisen, daß der Vermieter, bzw. der Verpächter innerhalb der Nachfrist den Miet-, bzw. den Pachtbesitz nicht eingeräumt hat, damit die Wahrscheinlichkeit gegeben ist, daß der Vermieter, bzw. der Verpächter auch für den Rest der Vertragsdauer nicht leisten werde.

5) Dienstvertrag.

Das Gesetz spricht zwar in OR 352, 353 vom Rücktritt aus wichtigen Gründen, und auch der Verzug kann ein wichtiger Grund sein. Insofern enthält die Regelung des Dienstvertrages auch eine Bestimmung über die Vertragsauflösung wegen Verzuges. In dieser Vorschrift darf aber weder eine Verweisung auf OR 107 ff. erblickt werden, noch ist die Anwendung dieser Vorschriften für den Fall des Verzuges dadurch ausgeschlossen; denn Art. 352 stellt nicht in erster Linie eine Vorschrift für die Vertragsauflösung wegen Vertragsverletzung dar, und auch wenn diese gegeben ist, so müssen doch noch besondere Voraussetzungen erfüllt sein, damit die Vertragsauflösung aus wichtigem Grunde möglich ist. Auch hinsichtlich der Folgen dieser Vertragsauflösung besteht eine Abweichung gegenüber

den allgemeinen Grundsätzen²²⁶. Aus diesem Grunde dürfen wir trotz dieser Bestimmung sagen, daß das Gesetz in der Regelung des Dienstvertrages vom Rücktritt wegen Vertragsverletzung nicht spricht, so daß die Anwendung von 107 ff. möglich, die den Vertrag auflösende Partei also berechtigt ist, den diesem Wahlrecht entsprechenden negativen Interessesersatz zu beanspruchen.

6) Werkvertrag.

6a) Verzug des Bestellers.

Mangels besonderer Bestimmungen sind im Falle des Verzuges des Bestellers OR 107 ff. anzuwenden.

6b) Verzug des Unternehmers.

Der Totalverzug²²⁷ des Unternehmers hat keine besondere Regelung erfahren, so daß OR 107 ff. Geltung besitzen.

7) Verlagsvertrag (Verzug des Verlegers).

Der Verlaggeber ist zur Ueberlassung seines Werkes verpflichtet, damit dieses herausgegeben werden kann. Er ist also zu einer Dauerleistung verpflichtet: Der Verlaggeber überläßt dem Verleger ein Exemplar des Werkes und überträgt ihm damit das Verlagsrecht daran. Er übernimmt zugleich auch die Verpflichtung, während der Dauer des Verlagsvertrages sich anderweitiger Verfügung zu enthalten. Wenn nun der Verlaggeber das Werk nicht rechtzeitig übergibt, dann kommt er nur in Teilverzug. Totalverzug liegt erst dann vor, wenn die ganze Vertragsdauer abgelaufen ist, ohne daß das Werk übergeben wurde. Dieser Verzug ist nicht besonders geregelt, so daß die Grundsätze von OR 107 ff. angewendet werden müssen. Es ist aber nicht notwendig, daß der Verleger die ganze Vertragszeit abwartet. Es genügt, daß der Verlaggeber binnen ange-

²²⁶ vgl. hinten § 9/II/B/2/b/bb/aaa/bbbb/bbbbb.

²²⁷ Dagegen stellt OR 366/I eine besondere Regelung des Teilverzuges dar (vgl. hinten § 9/II/B/1/b/aa/4)).

messener Frist seine Leistung nicht erbringt und sich daraus ergibt, daß der Vertragszweck gefährdet ist²²⁸, damit der Verleger die Wahlrechte nach OR 107 ausüben kann²²⁹.

8) Entgeltlicher Auftrag.

OR 404 gibt zwar jedem Teil das Recht zum jederzeitigen Widerruf, und da diese Bestimmung zwingenden Charakter hat, so besteht dieses Recht auch dann, wenn der Vertrag für bestimmte Zeit als unwiderruflich, bzw. unkündbar abgeschlossen worden ist. Wenn nun eine Partei in Verzug kommt und daraufhin die Gegenpartei widerruft, bzw. kündigt, dann tut sie das niemals zur Unzeit und wird daher auch nicht schadenersatzpflichtig. Was hilft das aber dieser Partei, wenn sie selbst keinen Schadenersatz fordern kann? Daher kann diese Bestimmung nicht als Regelung des Rücktritts der einen Partei infolge Verzuges der anderen Partei betrachtet werden; es müssen daher OR 107 ff. herangezogen werden.

8a) Verzug des Beauftragten.

Während der Auftraggeber im Falle des Widerrufs keinen Schadenersatzanspruch hat, so steht ihm, falls der Beauftragte den Entschuldigungsbeweis nicht zu führen vermag, das Recht zu, im Falle des Rücktrittes wegen Verzuges Ersatz des negativen Interesses zu verlangen. Aber nicht nur aus diesem Grunde ist die Regelung des Widerrufsrechts in OR 404/I ungenügend: der Widerruf wirkt ex nunc. Auch wenn also der bereits ausgeführte Teil des Auftrages für den Auftraggeber unbrauchbar ist, so kann er trotzdem den Auftrag nur hinsichtlich des noch nicht ausgeführten Teils widerrufen. Anders verhält es sich beim Rücktritt. Wenn der bereits ausgeführte Teil des Auftrages für den Auftraggeber unbrauchbar ist, so ist der Rücktritt für den Auftraggeber vorteilhafter: der Rücktritt hebt den Vertrag ex tunc auf. Wenn also in einem solchen Fall der Beauftragte in Verzug kommt, so muß ihm der Auf-

²²⁸ In dem Sinne, daß aller Voraussicht nach während der ganzen Vertragsdauer das Werk nicht übergeben werden wird (vgl. Lemp 93).

²²⁹ vgl. Lemp 92/93.

²³⁰ vgl. Lemp 95/96.

traggeber die Aufwendungen, die jener zur Ausführung des Auftrages bereits gehabt hat, nicht ersetzen²³⁰.

8b) Verzug des Auftraggebers.

Auch der Beauftragte kann ein Interesse haben an der Anwendung der allgemeinen Bestimmungen, weil das Kündigungsrecht nach OR 404/I ungenügend ist. Abgesehen von der Schadenersatzforderung, bietet das Rücktrittsrecht gegenüber dem Kündigungsrecht auch hier den Vorteil der Wirkung *ex tunc*. In dem Fall aber, wo der Beauftragte den Auftrag bereits ausgeführt hat, ist das Rücktrittsrecht an sich von besonderer Bedeutung, indem der Beauftragte nicht mehr kündigen, dagegen nach OR 107 noch zurücktreten kann; dennoch wird er in diesem Fall kein Interesse am Rücktritt haben, fällt doch der einzige Vorteil, den ihm der Rücktritt hätte bieten können, nämlich der, daß er die eigene Leistung nicht hätte erbringen müssen, nunmehr außer Betracht²³¹. Daran ändert auch der Umstand nichts, daß er sich eine ungenügende Gegenleistung hat versprechen lassen²³²; denn der Rücktritt kann für ihn nicht günstiger sein als die Forderung der Erfüllung, weil der Ersatz des negativen Interesses maximal auf die Höhe des positiven Interesseersatzes zu beschränken ist²³³. Das geht nicht nur aus OR 107 ff. hervor: Der Beauftragte hat nun einmal dieses für ihn ungünstigere²³⁴ Geschäft abgeschlossen und soll nun nicht durch den Rücktritt diesen Nachteil ausmerzen können²³⁵.

9) Kommissionsvertrag.

Das Gesetz stellt hinsichtlich der Auflösung des Kommissionsvertrages wegen Verzuges keine besondere Regelung auf. Die Bestimmungen über den Widerruf des Auftrages können frei-

²³¹ Die Möglichkeit des Rücktritts hat daher in diesem Fall nicht die in OR 109/II vorausgesetzte Bedeutung. Da es sich aber nur um eine spezielle Situation beim Auftrag handelt, kann mit Rücksicht auf jenen Umstand die Anwendung von OR 109/II weder für den Auftrag schlechtweg noch hinsichtlich dieser besonderen Lage der Dinge ausgeschlossen werden.

²³² a. M. Lemp 97.

²³³ vgl. hinten § 10/II/C/2/a/bb.

²³⁴ Nur unter dieser Voraussetzung kann das negative Interesse das positive übersteigen.

²³⁵ vgl. vorn § 9/II/A, vor allem S. 183 ff.

lich auf den Kommissionsvertrag angewendet werden. Das bedeutet aber nicht eine besondere Regelung der Auflösung wegen Verzuges. Mit dem Widerruf, bzw. der Kündigung der Kommission wäre dem Gläubiger wiederum nicht in der gleichen Weise gedient wie mit dem Vorgehen nach OR 107 ff. Was den Vorteil anbetrifft, den der Kommissionär durch das Rücktrittsrecht gegenüber dem Widerrufsrecht hat für den Fall, daß dieses nicht mehr ausgeübt werden darf, weil der Kommissionär das Ausführungsgeschäft bereits abgeschlossen hat, gilt dasselbe wie für den Verzug des Auftraggebers, ebenso hinsichtlich des Verhältnisses des Rücktrittsrechts zum Recht auf Erfüllungersatz.

10) Frachtvertrag.

Auch die Regelung des Frachtvertrages enthält keine Bestimmungen über den Verzug des Frachtführers oder des Absenders. Eine Haftung für Schäden ist zwar in OR 448 vorgesehen. Es handelt sich hier aber um Schäden, die durch Verspätung in der Ablieferung, durch Beschädigung oder teilweisen Untergang des Gutes entstehen. Von den Wahlrechten, die dem Gläubiger gegenüber dem säumigen Vertragspartner zustehen, sagt dieser Artikel nichts. Da nun OR 440/II bestimmt, daß für den Frachtvertrag die Vorschriften über den Auftrag subsidiär zur Anwendung kommen, kann der Frachtvertrag auch jederzeit widerrufen, bzw. gekündigt werden. Wir haben aber beim Auftrag gesehen, daß dieser Umstand die Anwendung von OR 107 ff. weder ausschließt noch überflüssig macht²³⁶.

11) Speditionsvertrag.

Hinsichtlich Widerruf und Kündigung des Speditionsvertrages gilt das beim Auftrag Gesagte. Diese Rechte haben auch beim Speditionsvertrag Voraussetzungen und Wirkungen, die von denen der Art. 107 ff. verschieden sind, und zwar sind sie der Natur, daß sie diese Bestimmungen weder ausschließen noch entbehrlich machen.

²³⁶ vgl. Lemp 98/99.

12) Entgeltlicher Hinterlegungsvertrag.

12a) Verzug des Aufbewahrers.

Verzug des Aufbewahrers ist in folgenden Fällen möglich:

1. Bei Vereinbarung einer bestimmten Dauer der Hinterlegung:

a) Durch Verweigerung der Annahme, bzw. der Aufbewahrung der Sache, sofern den Aufbewahrer nicht besondere Umstände außerstande setzen, die Sache mit Sicherheit oder ohne eigenen Nachteil aufzubewahren (OR 476/I).

b) Durch Verweigerung der Rückgabe²³⁷ oder durch unsichere Aufbewahrung.

2. Wenn keine Zeit für die Aufbewahrung festgesetzt ist:

Der Aufbewahrer kann sich in diesem Fall allerdings durch Verweigerung der Annahme, bzw. durch Rückgabe der Sache von seiner Pflicht entbinden (OR 476/II). Wenn er aber einmal die Sache angenommen hat, dann ist er solange zur sicheren Aufbewahrung verpflichtet, als er die Sache nicht zurückgegeben hat. Es ist also auch in diesem Fall ein Verzug möglich. Auch kann er dadurch in Verzug kommen, daß er die Sache nicht zurückgibt.

Dem Hinterleger stehen im Falle des Verzuges des Aufbewahrers die Rechte aus OR 107 ff. zu. Einerseits fehlt es an besonderen Bestimmungen über den Rücktritt vom Vertrag wegen Verzuges, anderseits bietet die Vorschrift über das Rückforderungsrecht des Hinterlegers diesem nicht genügend Schutz. Fordert er nämlich auf Grund von OR 475/I die Sache zurück, so hat er nicht nur keinen Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses, sondern er hat im Gegenteil dem Aufbewahrer den Aufwand zu ersetzen, den er gemacht hat, und zwar nicht nur den hinsichtlich der abgelaufenen Zeit, sondern

²³⁷ Verzug infolge Verweigerung der Rückgabe ist schon vor Ablauf der vereinbarten Hinterlegungsdauer möglich (vgl. OR 475/I).

allen mit Rücksicht auf die vereinbarte Zeit gemachten (OR 475/II)²³⁸.

12b) Verzug des Hinterlegers.

Auch für diesen Verzug gibt das Gesetz keine besondere Regelung, sodaß wir auf ihn OR 107 ff. anwenden dürfen und müssen. Dieses Vorgehen ist sowohl im Fall der Vereinbarung einer bestimmten Hinterlegungsdauer wie auch in dem Fall möglich, wo keine Zeit für die Aufbewahrung festgesetzt ist. Besonderes Interesse an der Anwendung von OR 107 ff. hat der Aufbewahrer jedoch vor allem dann, wenn für die Hinterlegung eine bestimmte Dauer vereinbart ist und er daher vor Ablauf dieser Zeit nur unter bestimmten, sehr weitgehenden Voraussetzungen die Sache zurückgeben darf²³⁹.

13) Zweiseitiger Bürgschaftsvertrag (Verzug des Bürgschaftsgläubigers).

Die Bürgschaft ist normalerweise ein einseitig verpflichtender, oneroser Vertrag. Der Gläubiger kann aber dem Bürgen gegenüber Verpflichtungen eingehen. Das Aequivalent der Leistung des Gläubigers, der von ihm zu zahlenden Prämie, ist die Haftung des Bürgen für eine fremde Schuld, die Tragung der Gefahr, nicht die Leistung, die der Bürge für den Fall, daß er vom Gläubiger belangt wird, an Stelle des Hauptschuldners zu erbringen hat. Diese Leistung steht nicht im synallagmatischen Verhältnis zur Leistung des Gläubigers. Wenn der Bürge die verbürgte Hauptschuld nicht begleicht, dann kann wohl Verzug vorliegen. Dagegen können auf diesen OR 107 ff. nicht angewendet werden; denn diese setzen Verzug in einer solchen Leistung voraus, die um der Gegenleistung willen zu erbringen war. Ein Verzug, auf den jene Grundsätze angewendet werden könnten, ist daher auf seiten des Bürgen überhaupt nicht denkbar, dagegen auf seiten des Gläubigers. In der Regel ist seine Leistung eine in Raten zahlbare. Der Rücktritt vom Vertrag

²³⁸ vgl. Lemp 100/101.

²³⁹ vgl. Lemp 101.

erstreckt sich auf die fälligen wie auf sämtliche noch nicht fälligen Raten, jedoch nicht auf die bereits erfüllten²⁴⁰.

14) Entgeltlicher Leibrentenvertrag.

Im entgeltlichen Leibrentenvertrag spricht sich das OR weder über die Folgen des Verzuges des Rentengläubigers noch über die des Rentenschuldners aus. Wir sind daher berechtigt und verpflichtet, nach den Grundsätzen von OR 107 ff. vorzugehen, auch dann, wenn uns die Anwendung von OR 109/II als ungerechtfertigt erscheinen müßte. Wir wollen nun untersuchen, ob tatsächlich Bedenken dagegen bestehen.

14a) Verzug des Rentenschuldners.

Ein Verzug des Rentenschuldners ist nach unserem Recht nur möglich, wenn dieser die Rentenleistungen nicht erbringt. Nach französischem Recht könnte er aber auch mit der Sicherheitsleistung in Verzug kommen. In diesem Fall ist der Rücktritt nach CC fr Art. 1977 möglich, nicht aber, wenn der Rentenschuldner mit der Bezahlung der Rentenleistungen in Verzug gerät (CC fr Art. 1978). Die Frage, ob in diesem Fall der Rücktritt möglich ist, stellt sich nicht nur für das schweizerische Recht, sondern auch für das deutsche, da auch das BGB über die Folgen des Verzuges des Rentenschuldners keine besondere Bestimmung enthält. Gegen die Anwendung des Rücktrittsrechts auf diesen Verzug wurde vor allem ausgeführt, daß es unbillig sei und daß die einzelnen Rentenraten nur die zivilen Früchte des einheitlichen Leibrentenrechts seien. Durch die Bestellung des Gesamtrechts sei der Leibrentenvertrag erfüllt, und die einzelnen Raten seien nicht mehr aus dem Vertrag, sondern aus dem in Erfüllung des Vertrages bestellten Leibrentenrecht geschuldet²⁴¹. Der Rentengläubiger sei berechtigt, die fälligen und künftigen Renten abzulehnen, wenn sie infolge des Verzuges für ihn kein Interesse mehr hätten. An Stelle der abgelehnten Renten dürfe er aber nur Schadenersatz wegen

²⁴⁰ vgl. Lemp 102.

²⁴¹ vgl. Enneccerus 638.

²⁴² vgl. Oertmann II N 5 b vor § 759; § 760 N 2.

Nichterfüllung verlangen, die eigene Leistung dürfe er also nicht zurückfordern. Oertmann schließt das Rücktrittsrecht aus²⁴². Für das alte OR schloß Vogt die Anwendung von Art. 122 ff. auf den Leibrentenvertrag aus²⁴³. In gleicher Weise schließt Oser die Anwendung von rev. OR 107 ff. aus. Für ihn ist die Nichtleistung der einzelnen Renten nicht teilweise Nichterfüllung der Rentenverpflichtung; denn auch er faßt das Recht des Rentengläubigers als ein einheitliches Recht auf. Stammrecht und Raten können seiner Auffassung nach verschiedene Schicksale haben²⁴⁴. Die Mehrzahl der Autoren ist jedoch gegen-
teiler Ansicht²⁴⁵. Sie ist nach meinem Dafürhalten die richtige: Die Verpflichtung des Leibrentenschuldners besteht darin, dem Leibrentengläubiger zeit seines Lebens periodisch die vereinbarten Leibrentenleistungen zu erbringen. Dieser Gesamtverpflichtung entspricht wohl ein Gesamtrecht des Gläubigers. Mit der Uebernahme dieser Verpflichtung ist doch aber diese noch nicht erfüllt; sonst wäre ja überhaupt jeder Vertrag mit der Uebernahme der Verpflichtung zu einer Leistung bereits erfüllt. Diese Gesamtverpflichtung ist erst dann erfüllt, wenn alle einzelnen Teilleistungen erbracht worden sind. Mit der Zahlung jeder Rate erfüllt der Schuldner einen Teil dieser Verpflichtung. Kommt also der Schuldner mit einer Teilleistung in Verzug, so muß ihm auch das Rücktrittsrecht hinsichtlich dieser zustehen. In welchem Umfang der Rücktritt möglich ist, das hängt von den konkreten Verhältnissen ab. Zur Beantwortung dieser Frage müssen wir die Grundsätze des Sukzessivlieferungsvertrages heranziehen: grundsätzlich darf der Gläubiger nur hinsichtlich der fälligen Raten seine Wahlrechte ausüben. Wenn jedoch dem Verhalten des Leibrentenschuldners zu entnehmen ist, daß er voraussichtlich auch mit den künftigen Raten in Verzug kommen würde, kann der Gläubiger sein Wahlrecht auch hinsichtlich der künftigen Raten ausüben. Eine Ausdehnung auf die bereits erfüllten Raten kommt aber deshalb nicht

²⁴³ vgl. Vogt: Leichtfaßliche Anleitung zur Anwendung des Schweizerischen Obligationenrechts (Bern 1885) S. 79 ff.

²⁴⁴ vgl. Oser N 2 vor Art. 516—529.

²⁴⁵ vgl. Fick Art. 516 N 3; Becker II Art. 516 N 6; Wegmann: Der Leibrentenvertrag im Schweizerischen Obligationenrecht (Diss. Zürich 1937) S. 86.

in Betracht, weil das Interesse des Gläubigers an ihnen unabhängig von der Erfüllung der noch ausstehenden ist²⁴⁶.

Die Entbindung von der eigenen Leistungspflicht, welcher Vorteil der Grund der in OR 109/II vorgesehenen Schadenersatzpflicht ist, kommt dem Leibrentengläubiger, dem Umfang des Rücktritts entsprechend, zweifellos zu.

14b) Verzug des Leibrentengläubigers.

Der Leibrentenschuldner kann in diesem Fall das Wahlrecht mit Bezug auf den ganzen Betrag oder, wenn er zur Vorleistung verpflichtet ist, mit Bezug auf den nichterfüllten Teil ausüben und für die bereits erbrachte Leistung einen Teil der Gegenleistung fordern²⁴⁷. Hinsichtlich der Frage, ob die Anwendung von OR 107 ff. und damit auch der in OR 109/II vorgesehenen Schadenersatzpflicht gerechtfertigt sei, gilt dasselbe wie beim Verzug des Leibrentenschuldners.

15) Verpfändungsvertrag.

Für den Verzug im Verpfändungsvertrag ganz allgemein enthält unser Gesetz keine besondere Bestimmung. Auf jene Fälle, in denen der Verzug wichtiger Grund ist für die Aufhebung des Verpfändungsvertrages, findet zwar OR 527 Anwendung. Diese Bestimmung schließt jedoch OR 107 ff. für den Fall des Verzuges als eines wichtigen Grundes nicht aus²⁴⁸.

15a) Verzug des Pfründers.

Mangels besonderer Regelung ist nach OR 107 ff. vorzugehen.

15b) Verzug des Pfrundgebers.

Auch der Pfränder hat die Rechte aus OR 107 ff. Da die Leistung des Pfrundgebers in der Gewährung von Unterhalt und Pflege auf Lebenszeit dem Pfränder gegenüber besteht, so ist der Verzug des Pfrundgebers mit einer Leistung nur Teilverzug. Die Beantwortung der Frage, ob der Pfränder auch

²⁴⁶ vgl. Lemp 104/105.

²⁴⁷ vgl. Lemp 105.

²⁴⁸ vgl. vorn § 9/II/B/1/a/aa/aaa/5).

hinsichtlich der künftigen Leistungen sein Wahlrecht ausüben könne, hängt auch hier davon ab, ob aus dem Verzug mit einer Einzelleistung der Schluß gezogen werden darf, daß der Pfrundgeber auch mit den künftigen Leistungen in Verzug kommen werde oder nicht. Hinsichtlich der bereits erfüllten Leistungen gilt dasselbe wie beim Leibrentenvertrag²⁴⁹.

16) Zweiseitig verpflichtender Vorvertrag.

Der Verzug in der Erfüllung des Vorvertrages besteht in der Unterlassung des Abschlusses des Hauptvertrages. Das Gesetz stellt für diesen Fall keine besonderen Vorschriften auf, so daß OR 107 ff. anzuwenden sind. Die nichtsäumige Partei hat also auch das Rücktrittsrecht. Durch dessen Ausübung werden beide Parteien von der Pflicht zum Abschluß des Hauptvertrages entbunden. Der Säumige, den ein Verschulden trifft, hat ferner der Gegenpartei ein eventuelles negatives Interesse zu ersetzen.

bbb. In Spezialerlassen.

- 1) Im Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908 (VVG) (Versicherungsvertrag: Verzug des Versicherers).

Während die Rechte des Versicherers bei Verzug des Prämienschuldners im Versicherungsvertragsgesetz geregelt sind (VVG 20, 21)²⁵⁰, und zwar durch vom OR abweichende Vorschriften, die für den Versicherungsnehmer günstiger sind, kennt unser Recht für den Verzug des Versicherers keine besondere Regelung. Für die Voraussetzungen und Wirkungen des Verzuges kommen daher die allgemeinen Bestimmungen des OR zur Anwendung. Es stellt sich hier wieder das Problem, welches uns bei allen Verträgen mit Dauerleistungen entgegentritt, nämlich, welches der Umfang der Ausübung des Wahlrechts ist. Maßgebend ist dabei in erster Linie, ob diese Dauer-

²⁴⁹ vgl. Lemp 106/107.

²⁵⁰ vgl. hinten § 9/II/B/1/b/bb.

leistung teilbar ist oder nicht. Für die Leistung des Versicherers, die Tragung der Gefahr, trifft die Teilbarkeit zu. Aus diesem Grunde wirken die Wahlrechte nicht auf den erfüllten Teil des Vertrages zurück²⁵¹, sondern zunächst nur auf den Teil des Vertrages, der bereits abgelaufen ist und hinsichtlich dem sich der Versicherer in Verzug befindet. Was dagegen den noch nicht abgelaufenen Teil des Vertrages betrifft, so darf der Versicherungsnehmer nur dann sein Wahlrecht ausüben, wenn sich aus dem Verhalten des Versicherers ergibt, daß er voraussichtlich auch die in Zukunft fällig werdenden Versicherungsleistungen nicht rechtzeitig erfüllen würde. Das wird aber in wenigen Fällen zutreffen²⁵².

2) In der Verordnung des Bundesrates über die Kreditkassen mit Wartezeit vom 5. Februar 1935 (VKW) und im Bundesratsbeschluß betreffend Abänderung der VKW vom 9. August 1935 (Kreditvertrag mit Wartezeit: Verzug der Kreditkasse).

Maßgebend für die Regelung dieses Kreditvertrages sind die VKW und der BRB betreffend Abänderung der VKW. Die Kreditkassen, mit denen solche Verträge geschlossen werden können, nehmen Geldleistungen mehrerer Personen entgegen und räumen diesen den Anspruch ein, aus diesen und allenfalls aus anderen Mitteln planmäßig Tilgungsdarlehen zu empfangen: der Kreditnehmer leistet der Kasse Geld, um von ihr später vor Empfang des Darlehens weitere Zahlungen zu machen; diese seine Leistungen zusammen mit dem Zins, den ihm die Kasse dafür gutschreibt, bilden sein Guthaben im Augenblick der Zuteilung. Die Zuteilungssumme umfaßt sowohl dieses Guthaben als auch die Darlehenssumme. Der Kreditvertrag mit Wartezeit ist also vor allem die Verbindung zweier aufeinanderfolgender ein Darlehen zu erhalten. Neben einer Mindestleistung hat er

²⁵¹ vgl. BGE 16, 377; 23, 1789; Semjud 12, 403.

²⁵² vgl. Lemp 111.

²⁵³ vgl. Lemp 114.

nehmer Darleiher, die Kreditkasse Borgerin, im zweiten liegen die Verhältnisse umgekehrt.

Der Verzug der Kreditkasse hat, im Gegensatz zum Verzug des Kreditnehmers²⁵⁴, keine besondere Regelung gefunden und untersteht daher von vornherein OR 107 ff. Ein Verzug der Kreditkasse ist nur hinsichtlich der Auszahlung der Zuteilungssumme möglich; denn sowohl Guthaben wie Zins werden als Bestandteile der Zuteilungssumme erst fällig im Zeitpunkt der Zuteilung. Die Vertragsauflösung wirkt ex tunc. Der Kreditnehmer hat also Anspruch auf Rückerstattung sämtlicher Leistungen, auch jener außerhalb der Zuteilungsmittel. Daneben muß ihm aber auch ein angemessener Zins vergütet werden für die Zeit von der jeweiligen Einzahlung bis zur Rückerstattung, wobei aber nicht der geringe Zins zugrunde gelegt werden darf, der als Bestandteil der Zuteilungssumme berechnet worden ist; denn dieser stellt nur ein ungenügendes Entgelt für den Genuß der Anzahlung und der Weiterzahlungen dar. Bei der Feststellung dessen, was die Kreditkasse vom Kreditnehmer entgegen genommen hat und daher rückerstatten muß, ist der Zins in Rechnung zu stellen, den die Kreditkasse für den Vorteil aus dem Genuß der Anzahlung und der Weiterzahlungen hätte leisten müssen. Dieser Zins bildet also einen Bestandteil der vom Kreditnehmer empfangenen und zurückzuerstattenden Leistung und nicht etwa des entgangenen Gewinns. Im Falle des Verschuldens haftet die Kreditkasse ferner für das negative Interesse²⁵⁵.

bb. Bei gesetzlich nicht normierten Vertragstypen.

- 1) Trödelvertrag als Verbindung von Elementen verschiedener Verträge und als eigener Vertragstypus (Verzug des Vertrödlers).

Die Frage der Anwendung von OR 107 ff. kann sich erst von dem Augenblick an stellen, wo der Trödler erklärt, den

²⁵⁴ vgl. hinten § 9/II/B/2/c.

²⁵⁵ vgl. Lemp 116/117.

Schätzungspreis bezahlen zu wollen; denn erst dann wird das Rechtsverhältnis zu einem synallagmatischen. Mit dieser Erklärung des Trödlers, die als Ausübung eines Gestaltungsrechts zu betrachten ist, entstehen dieselben Rechte und Pflichten wie beim Kauf. Da nun der Trödelvertrag gesetzlich überhaupt nicht geregelt ist, finden hinsichtlich des Verzuges des Vertrödlers und des Trödlers die Bestimmungen über den Kauf entsprechende Anwendung. Art. 107 ff. gelten nur soweit, als sie durch die besonderen Bestimmungen über den Verzug im Kauf nicht ausgeschlossen werden.

Solange der Vertrödlers mit der Uebergabe der Ware in Verzug ist, bevor der Trödler sein Gestaltungsrecht ausgeübt hat, liegt überhaupt kein Verzug im Sinne von OR 107 ff. vor. Der Trödler kann nur Erfüllung und Schadenersatz wegen Verspätung verlangen. Die Frage, ob der Trödler nach den allgemeinen Vorschriften über den Verzug vorgehen könne, entsteht überhaupt erst, wenn er den Vertrag zu einem zweiseitig verpflichtenden gestaltet hat. Die Situation, die uns beim Verzug des Vertrödlers entgegentritt, ist dieselbe wie beim Verzug des Verkäufers. Bezüglich dieses Verzuges haben wir festgestellt, daß grundsätzlich der Anwendung von OR 107 ff. nichts entgegensteht, indem OR 191 nur eine Anwendung der allgemeinen Bestimmungen auf besondere Situationen darstellt, daß aber die Bestimmung OR 190 für den Kauf im kaufmännischen Verkehr mit bestimmtem Lieferungstermin eine Einschränkung macht im Sinne einer Reduktion der Wahlrechte. Der Trödler hat nun die gleichen Rechte wie der Käufer im Falle des Verzuges des Verkäufers^{256 257}.

2) Die übrigen Vertragsverbindungen mit dem Charakter eines neuen Vertragstypus.

Der Gläubiger kann immer dann nach OR 107 ff. vorgehen, wenn keine Sonderbestimmungen hinsichtlich des Verzuges auf die betreffende Vertragsverbindung analog anzuwenden sind.

²⁵⁶ vgl. vorn § 9/II/B/1/a/aa/aaa/1); Lemp 113.

²⁵⁷ Ueber den Verzug des Trödlers: vgl. hinten § 9/II/B/1/b/aa/2).

Die vergangenen Betrachtungen haben uns gezeigt, daß in all den Fällen, in denen mangels besonderer Regelung der Vertragsauflösung infolge Verzuges die allgemeinen Bestimmungen Anwendung finden und daher der Rücktritt mit dem Ersatz des negativen Interesses verbunden ist, auch der Grund dieses Schadenersatzes gegeben ist, indem der Gläubiger mit der Wahl des Rücktritts sich stets seiner Leistungspflicht entledigen kann und daraus einen Vorteil zieht.

b. Anwendung des Grundsatzes von OR 109/II
im Falle besonderer Regelung der Vertrags-
auflösung infolge Verzuges.

aa. Beschränkung der besonderen Rege-
lung auf die Voraussetzungen der
Vertragsauflösung
(Gegenüber OR 107, bzw. OR 108 ab-
weichende Regelung).

1) Kauf (Verzug des Käufers).

Auf den Verzug des Käufers finden OR 214, 215 Anwendung. Obwohl die letztere Bestimmung nicht die Voraussetzungen des Rücktritts regelt, so muß ich doch in diesem Zusammenhang auf sie zu sprechen kommen, und zwar aus folgendem Grunde: Sollte sie, wie das behauptet wird, tatsächlich auch auf den Rücktritt Anwendung finden, so müßten wir die Regelung des Verzuges des Käufers unter den Fällen behandeln, in denen sowohl die Voraussetzungen wie die Wirkungen der Vertragsauflösung infolge Verzuges eine besondere Regelung erfahren haben.

OR 215 regelt den Verzug des Käufers für den Fall, daß der Verkäufer den Vertrag aufrecht erhält, aber unter Verzicht auf nachträgliche Erfüllung Schadenersatz wegen Nichterfüllung fordert. Die beiden Arten von Schadensberechnungen in OR 215/II und III, die konkrete und die abstrakte, sind nur Rechte, die dem Verkäufer unter ganz bestimmten Voraussetzungen zustehen. Dadurch wird aber das Vorgehen des Verkäufers nach den allgemeinen Regeln durchaus nicht ausge-

geschlossen²⁵⁸, zunächst jedenfalls, soweit es sich um den Verzicht auf nachträgliche Erfüllung unter Aufrechterhaltung des Vertrages handelt. OR 215 hat nun nichts zu tun mit der Bestimmung OR 214. Im Falle des Rücktritts kann der Verkäufer nicht nach OR 215 vorgehen²⁵⁹. Ebenso wie sich OR 191/II und III nur auf den Fall des Verzichts auf nachträgliche Erfüllung unter Aufrechterhaltung des Vertrages bezieht, findet auch OR 215/I und II nur auf diesen Fall Anwendung: Absatz I gilt nur für den kaufmännischen Verkehr, Absatz II auch für den bürgerlichen. Die Stellung der beiden Artikel OR 214 und OR 215, die für Becker entscheidend ist²⁶⁰, kann nach meinem Dafürhalten kein Argument für die Annahme sein, daß die Anwendung von OR 215 auch im Falle des in Art. 214 vorgesehenen Rücktritts möglich sei. OR 215 will nicht sowohl die Folgen des Verzichts auf nachträgliche Erfüllung unter Aufrechterhaltung des Vertrages als auch die Wirkungen des Rücktritts regeln.

Bevor wir nun die Rechtsfolgen des Rücktritts ins Auge fassen können, müssen wir uns darüber Klarheit verschaffen, worin die abweichende Regelung hinsichtlich der Voraussetzungen des Rücktritts gegenüber den allgemeinen Bestimmungen besteht.

1a) Von OR 107, bzw. OR 108 abweichende
Regelung zugunsten des Käufers.

1aa) Recht und Pflicht, den Rücktritt sofort zu erklären.

Die Pflicht zur sofortigen Anzeige, diese gesetzliche Bedingung des Rücktrittsrechts (OR 214/II), ist nur aus dem Umstand heraus zu verstehen, daß der fixgeschäftliche Charakter der Zahlungsverpflichtung den Verkäufer von der Pflicht zur Ansetzung einer Nachfrist entbindet. Aus diesem Grunde be-

²⁵⁸ vgl. Oser Art. 215 N 1.

²⁵⁹ a. M. Simonius 263; Becker Art. 215 N 4.

²⁶⁰ vgl. Becker Art. 215 N 4.

deutet diese Anzeigepflicht nur eine scheinbare Abweichung von OR 107, wenn es sich auch um eine Voraussetzung handelt, von der OR 107 nichts sagt; denn diese Bestimmung geht von einer Nachfristansetzung aus. Dagegen handelt es sich um eine besondere Regelung gegenüber OR 108/3, wo von einer Pflicht zu sofortiger Anzeige nicht die Rede ist. Nur hinsichtlich OR 108/3 stellt sich daher überhaupt die Frage, ob jene abweichende Regelung die allgemeine Bestimmung ausschlieÙe oder ob trotzdem nach dieser vorgegangen werden könne. Da diese Abweichung zuungunsten des Verkäufers wirkt, kann dieser nicht wählen zwischen der Anwendung der allgemeinen und der Anwendung der speziellen Bestimmung. Auch wenn die Verletzung dieser Anzeigepflicht nicht bloß eine Ordnungswidrigkeit bedeutet, so führt sie doch nur dazu, daß der Verkäufer das Recht verliert, ohne weiteres vom Vertrag zurückzutreten. Das Kaufgeschäft verwandelt sich hinsichtlich der Zahlungsverpflichtung mit dem fixgeschäftlichen Charakter in ein Mahngeschäft²⁶¹.

Diese Abweichung von der allgemeinen Bestimmung OR 108/3 schließt aber zweifellos die Bestimmung über die Wirkungen des Rücktritts (OR 109) nicht aus.

1bb) Rücktritt nach Uebergabe des Kaufgegenstandes.

Auf Grund der allgemeinen Regelung hätte der Verkäufer das Recht, ohne Rücksicht darauf zurückzutreten, ob die verkaufte Sache vor der Zahlung in den Besitz des Käufers übergegangen ist oder ob sie gegen Vorausbezahlung des Preises, bzw. Zug um Zug zu übergeben ist. Maßgebend wäre nach OR 107 nur, daß der Käufer mit der Zahlung des Kaufpreises in Verzug kommt. Nach OR 214 ist der Verkäufer jedoch verpflichtet, sich das Rücktrittsrecht in dem Fall ausdrücklich vorzubehalten, wo der Kaufgegenstand vor dem Fälligwerden der Zahlung in den Besitz des Käufers übergegangen ist. Diese vorherige Uebergabe des Kaufgegenstandes gilt als Verzicht auf das gesetzliche Rücktrittsrecht, es sei denn, daß sich der Ver-

²⁶¹ vgl. Becker Art. 214 N 5.

käufer dieses Recht ausdrücklich vorbehalte. Da nun diese besondere Regelung sich zuungunsten des Verkäufers auswirkt, so kann dieser nicht nach der allgemeinen Bestimmung vorgehen. OR 214/III enthält aber nur eine abweichende Regelung hinsichtlich der Voraussetzungen des Rücktrittsrechts, nicht aber hinsichtlich der Wirkungen des Rücktritts für den Fall, daß er möglich ist.

1b) Von OR 108 abweichende Regelung zugunsten des Verkäufers.

Die Ansetzung einer Nachfrist im Sinne von OR 107 ist nach OR 108/3 beim Verzug des Käufers nicht erforderlich, da der Praenummerandokauf und der Barkauf hinsichtlich der Zahlungspflicht des Käufers als Fixgeschäfte zu betrachten sind. Der Verkäufer kann also in zeitlicher Hinsicht ohne weiteres vom Vertrag zurücktreten. Da dieses besondere Rücktrittsrecht dem Verkäufer zugute kommt, so hat er auch die Möglichkeit, nach OR 107 vorzugehen und dem Käufer somit eine Nachfrist anzusetzen. Abgesehen davon, bezieht sich diese besondere Regelung überhaupt nicht auf die Wirkungen des Rücktritts.

2) Trödelvertrag (Verzug des Trödlers).

Auch im Falle des Verzuges des Trödlers stellt sich die Frage nach der Anwendung von OR 107 ff. solange nicht, als der Trödler von seinem Gestaltungsrecht noch keinen Gebrauch gemacht hat²⁶². Wenn also der Trödler mit der Rückgabe der Ware in Verzug kommt, so sind OR 107 ff. nicht anwendbar²⁶³.

Liegt aber Verzug des Trödlers in der Bezahlung des Schätzungspreises vor, so hat der Vertrödler dieselben Wahlrechte wie ein Verkäufer. Wir müssen also OR 214 und 215 analog anwenden, während OR 107 ff. nur soweit berücksichtigt werden, als die besonderen Bestimmungen dies zulassen²⁶⁴.

²⁶² vgl. vorn § 9/II/B/1/a/bb/1) über den Verzug des Vertrödlers.

²⁶³ vgl. Otfinger: Der Trödelvertrag: Prolegomena zu seiner Lehre (Zürich 1937) S. 75; BGE 55 II 46.

²⁶⁴ vgl. vorn § 9/II/B/1/b/aa/1).

3) Miete und Pacht.

3a) Verzug des Mieters, bzw. des Pächters.

3aa) Mit der Zahlung des Miet-, bzw. des Pachtzinses.

Die Bestimmungen über den Verzug des Mieters, bzw. des Pächters (OR 265/I und 293/I) enthalten einerseits eine nähere Normierung der Nachfrist, anderseits aber auch gewisse Abweichungen von OR 107, vor allem die Abweichung, daß der Vermieter, bzw. der Verpächter mit der Fristansetzung die Erklärung abgeben muß, daß der Vertrag mit dem Ablauf der Nachfrist aufgelöst sei, wenn nicht innerhalb dieser Frist der fällige Miet-, bzw. Pachtzins bezahlt werde. Eine besondere Regelung hat der Verzug des Mieters, bzw. des Pächters aber auch dadurch erfahren, daß dem Vermieter, bzw. dem Verpächter bei Nichtzahlung des Miet-, bzw. des Pachtzinses nicht das Recht zum Rücktritt, sondern nur zur einseitigen, vorzeitigen Vertragsauflösung zusteht. Diese Besonderheit erklärt sich daraus, daß der bereits erfüllte Teil des Vertrages aufrecht bleiben soll. Daß nach dem Willen des Gesetzgebers keine Rückwirkung stattfinden soll, ergibt sich aus der Bestimmung, daß die Auflösung des Vertrages nur möglich ist, wenn die Zinszahlung vor Ablauf der Mietzeit fällig ist. Hat der Vermieter seine Leistung vollständig erbracht, so ist die Auflösung des Vertrages nicht mehr möglich. Abgesehen davon, spricht das Gesetz von einer Auflösung des Vertrages, womit es die Wirkung ex nunc ausdrückt. Nichts destoweniger handelt es sich aber um eine Auflösung im Sinne von OR 107; denn dieser Artikel verlangt nur, daß sie hinsichtlich desjenigen Teils des Vertrages erfolge, mit Bezug auf den das Wahlrecht überhaupt ausgeübt werden kann. Ferner genügt es für die Auflösung des Vertrages, daß der Mieter, bzw. der Pächter mit der Zahlung einer Rate mit gesetzlich festgesetztem Verfalltag im Rückstand ist; Zahlungsverzug ist also nicht erforderlich.

Daraus geht hervor, daß auch insoweit, als diese besondere Regelung gegenüber der allgemeinen abweicht, das Vorgehen nach OR 107 möglich ist, mit der Ausnahme, daß im Falle der

Auflösung des Vertrages eine entsprechende Androhung mit der Ansetzung der im Gesetz vorgesehenen Frist zu verbinden ist. Im übrigen aber bedeuten OR 265/I und OR 293/I eine Anwendung der Grundsätze über den Verzug auf den Verzug des Mieters, bzw. des Pächters. Insbesondere wollen sie aber die übrigen Wahlrechte des Gläubigers nicht ausschließen; soweit kann der Schutz des Mieters, bzw. des Pächters, den das Gesetz in den Bestimmungen Art. 265/I und Art. 293/I im Auge hat, nicht gehen. Sie sagen aber auch nichts aus über die Schadenersatzfolgen dieser Vertragsauflösung. Im alten OR waren in der entsprechenden Bestimmung für die Miete (Art. 287) die Entschädigungsansprüche des Vermieters ausdrücklich erwähnt (Art. 287/III). In der Revision wurde jedoch die Regelung der Wirkungen der Vertragsauflösung weggelassen, und zwar nicht deshalb, weil man den Schadenersatz ausschließen wollte, sondern deshalb, weil man diesen für selbstverständlich und eine entsprechende Bestimmung daher für überflüssig hielt; denn der Verzug in der Bezahlung des Miet-, bzw. des Pachtzinses bedeutet eine Vertragsverletzung, die den Schuldner für den Fall seines Verschuldens schadenersatzpflichtig macht, und zwar, mangels abweichender Bestimmung, nach den allgemeinen Vorschriften²⁶⁵.

3bb) Durch andauernde Verletzung der
Sorgfalts-, bzw. der Unterhalts-
pflicht.

Wenn der Mieter trotz Abmahnung andauernd die Pflicht verletzt, beim Gebrauch der gemieteten Sache mit aller Sorgfalt zu verfahren oder im Falle der Wohnungsmiete auf die Hausgenossen billige Rücksicht zu nehmen (OR 261/I), bzw. wenn der Pächter es trotz Aufforderung und während einer angemessenen Frist unterläßt, den gepachteten Gegenstand sorgfältig seiner Bestimmung gemäß zu bewirtschaften, so ist der Vermieter, bzw. der Verpächter berechtigt, den Vertrag aufzuheben (OR 261/II, OR 294). Diese Bestimmungen weichen weder hinsichtlich der Voraussetzungen (mit der Ausnahme, daß der

²⁶⁵ vgl. Lemp 82 ff.

Vermieter nicht zur Fristansetzung verpflichtet ist) noch bezüglich der Wirkungen der Vertragsauflösung infolge Verzuges ab, sondern bilden eine Anwendung der allgemeinen Regelung hinsichtlich des Rücktrittsrechts.

3b) Verzug des Vermieters im Falle des späteren Eintritts vertragswidrigen Zustandes.

Im Falle des späteren Eintritts des vertragswidrigen Zustandes steht dem Mieter unter den Voraussetzungen von OR 255/I das uneingeschränkte Recht zu, den Vertrag aufzuheben. Die Vertragsauflösung erfolgt hier also nicht auf Grund des richterlichen Ermessens, sondern auf Grund der Entscheidung des Gläubigers²⁶⁶. Die Anwendung von OR 107 ff. ist also nicht ausgeschlossen durch diese besondere Regelung, sondern sie bedeutet lediglich eine Anwendung der allgemeinen Bestimmungen hinsichtlich der Variante des Rücktritts.

4) Werkvertrag (Verzug des Unternehmers).

Der Unternehmer kann nicht nur dadurch in Verzug kommen, daß er das Werk nicht rechtzeitig abgeliefert, sondern auch dadurch, daß er mit der Ausführung des Werkes nicht rechtzeitig beginnt, so daß die rechtzeitige Vollendung ausgeschlossen ist oder daß er zwar rechtzeitig beginnt, aber die Ausführung unterbricht oder verzögert. Während im Falle der nicht rechtzeitigen Ablieferung des Werkes Totalverzug vorliegt, so daß, mangels abweichender Bestimmung, OR 107 ff. anzuwenden sind, so handelt es sich in den beiden letztgenannten Fällen nur um Teilverzug, der die Anwendung dieser Regelung grundsätzlich nicht zuläßt. Nun hat aber das Gesetz in einer besonderen Bestimmung (OR 366/I) festgelegt, daß auch im Falle des Teilverzuges die allgemeinen Bestimmungen über den Verzug zur Anwendung kommen sollen. Dieser besonderen Regelung liegt einerseits die Ueberlegung zugrunde, daß es vielfach,

²⁶⁶ Anders im Falle der Uebergabe des Mietgegenstandes in ungeeignetem Zustand: vgl. hinten § 9/II/B/2/b/aa/bbb/cccc.

ja in den meisten Fällen sinnlos wäre, dem Besteller das Wahlrecht nur hinsichtlich jenes Teils des Werkes zu geben, mit dessen Ausführung der Unternehmer in Verzug ist, während der zur Ausführung noch nicht fällige Teil unberührt bliebe, und daß anderseits dem Besteller nicht zugemutet werden kann, den Lieferungstermin abzuwarten, um dann auf Grund des Totalverzuges nach OR 107 ff. vorzugehen. Damit hat sich das Gesetz auf den Standpunkt gestellt, daß der Besteller unter den in OR 366/I genannten Voraussetzungen schon vor Eintritt der Fälligkeit zu diesem Vorgehen berechtigt, aber nicht verpflichtet ist. OR 366/I enthält damit aber auch eine vom Grundsätzlichen abweichende Regelung hinsichtlich einer bestimmten Voraussetzung nicht nur des Rücktrittsrechts, sondern der Wahlrechte auf Grund des Schuldnerverzuges ganz allgemein. Die übrigen Voraussetzungen werden aber davon nicht betroffen. So ist die Ansetzung einer Nachfrist, unter Vorbehalt von OR 108, gleichwohl erforderlich. Vor allem aber bezüglich der Wirkungen der Wahlrechte stellt diese besondere Bestimmung keine Abweichung gegenüber den allgemeinen Regeln dar: der Besteller kann, wenn er auf die nachträgliche Erfüllung verzichtet, Schadenersatz wegen Nichterfüllung und, wenn er vom Vertrag zurücktritt, Ersatz des negativen Interesses verlangen²⁶⁷.

bb. Beschränkung der besonderen Regelung auf die Voraussetzungen und Wirkungen der Vertragsauflösung infolge Verzuges mit Ausschluß der Schadenersatzfolgen

(Gegenüber OR 107 abweichende Regelung (Versicherungsvertrag: Verzug des Prämienschuldners)).

Der Verzug des Prämienschuldners und seine Folgen sind in VVG 20, 21 geregelt. Diese Vorschriften weichen von denjenigen des OR ab, einerseits hinsichtlich des Eintritts des Verzuges, anderseits bezüglich der Verzugsfolgen.

²⁶⁷ vgl. Lemp 88/89.

aaa. Eintritt des Verzuges.

Da die Periodizität der Prämienzahlungen festgesetzt ist, so würde nach OR 102/II der Verzug des Prämienschuldners sofort mit Ablauf des Verfalltages eintreten. Demgegenüber stellt nun aber das VVG, indem es den praktischen Bedürfnissen Rechnung trägt, eine für den Versicherungsnehmer günstigere Ordnung auf. Es sieht eine Mahnpflicht vor, die schriftlich²⁶⁸, unter Ansetzung einer vierzehntägigen Frist und unter Androhung der Säumnisfolgen, zu erfüllen ist. Da diese Abweichungen gegenüber dem OR zuungunsten des Versicherers wirken, so kann er nicht nach den allgemeinen Bestimmungen des OR über den Eintritt des Verzuges vorgehen. Die allgemeine Regelung der Schadenersatzfolgen des Verzuges wird jedoch davon nicht berührt.

bbb. Verzugsfolgen.

Die Wirkungen des Verzuges treten erst nach Ablauf der in VVG 20/I vorgesehenen Frist ein, also nicht mit Beginn der Verspätung (VVG 20/III). Zudem steht dem Versicherer neben dem Erfüllungsanspruch nur das Recht zur einseitigen, vorzeitigen Vertragsauflösung zu. Wenn nun auch das VVG hinsichtlich der Vertragsauflösung nur jenen Fall regelt, in dem der Versicherer die rückständige Prämie nicht binnen zwei Monaten nach Ablauf der genannten Frist einfordert und insofern eine vom OR abweichende Regelung aufstellt, so schließt es damit das Recht des Versicherers zur sofortigen Vertragsauflösung nicht aus. Diese wirkt freilich ex nunc; denn die Leistung des Versicherers, die Tragung der Gefahr während der Dauer der Versicherung, kann nicht rückgängig gemacht werden. Mit dieser Vertragsauflösung ist aber ein Verzicht auf Bezahlung der rückständigen, d. h. der Prämie für die laufende Versicherungsperiode verbunden²⁶⁹. Im übrigen hat jedoch diese Vertragsauflösung dieselben Wirkungen wie diejenige auf Grund von OR 107. Hinsichtlich der Schadenersatzfolgen hat das VVG keine Regelung getroffen. Die auch für diese Vertragsauflösung geltende Bestimmung VVG 27 „schafft keinen Schadenersatz-

²⁶⁸ Eine Ausnahme von der Pflicht zur Schriftlichkeit besteht in dem Fall, wo die Prämie beim Versicherungsnehmer abgeholt wird.

²⁶⁹ a. M. BGE 66 II 284.

anspruch, sondern behält ihn lediglich vor“²⁷⁰. Daher findet auf die einseitige Vertragsauflösung infolge Verzuges OR 109/II Anwendung. Wenn nun auch der Gläubiger nicht wählen kann zwischen der Aufrechterhaltung des Vertrages unter Forderung des positiven Interesseersatzes und dem Rücktritt unter Geltendmachung des Anspruchs auf den negativen Interesseersatz und somit der Grund dieses beschränkten Schadenersatzanspruchs nicht gegeben ist²⁷¹, so muß doch OR 109/II, mangels abweichender Bestimmungen, angewendet werden. Der Anspruch auf Ersatz des Erfüllungsinteresses würde aber mit der in Frage stehenden Beschränkung des Wahlrechts in Widerspruch stehen, so daß doch eine ratio für die Anwendung von OR 109/II gegeben ist.

cc. Besondere Regelung sowohl hinsichtlich der Voraussetzungen als auch der Wirkungen der Vertragsauflösung infolge Verzuges.

Eine den allgemeinen Bestimmungen entsprechende Regelung sowohl der Voraussetzungen wie der Folgen der Vertragsauflösung wegen Verzuges finden wir nirgends in unserem Recht. Dagegen wird in ZGB 514 auf die Vorschriften des OR über den Rücktritt besonders verwiesen, obwohl im Falle des Rücktritts vom Erbvertrag über die Anwendung dieser Bestimmung auch mangels eines solchen Verweises wohl kaum Unklarheit bestehen könnte, finden doch nach ZGB 7 die allgemeinen Bestimmungen des OR über Entstehung, Erfüllung und Aufhebung der Verträge auch auf andere zivilrechtliche Verhältnisse Anwendung. ZGB 514 spricht nur vom Rücktritt, und zwar deshalb, weil das alte OR neben dem Erfüllungsanspruch nur dieses Wahlrecht kannte. Da das revidierte OR als weitere Wahlmöglichkeit die Aufrechterhaltung des Vertrages unter Forderung des Schadenersatzes wegen Nichterfüllung vorsieht, muß auch im Erbvertrag dem Gläubiger bei Verzug des Schuldners dieses dritte Wahlrecht zustehen. Voraussetzung für die Anwendung von OR

²⁷⁰ vgl. Lemp 110.

²⁷¹ Dieser Grund liegt noch viel weniger dann vor, wenn die unwiderlegbare Vermutung aufgestellt wird, der Versicherer sei vom Vertrag zurückgetreten (VVG 21/I).

107 ff. ist allerdings das Vorliegen eines zweiseitig verpflichtenden Erbvertrages, und zwar muß dieser neben der erbrechtlichen auch eine schuldrechtliche Seite haben²⁷². Da der Gläubiger den Rücktritt **neben** der Aufrechterhaltung des Vertrages, verbunden mit dem Anspruch auf den positiven Interesseeersatz, **wählen** kann, so ist der negative Interesseeersatz der für den Rücktritt gerechte Schadenersatz²⁷³.

2. Bereich der Nichtanwendung des Grundsatzes von OR 109/II

In diesem Rahmen ist zu untersuchen, ob der Grundsatz von OR 109/II auch in solchen Fällen nicht angewendet werde, in denen der Grund der negativen Interessehaftung gegeben ist. Wir werden aber sehen, daß die negative Interessehaftung nur in seltenen Ausnahmefällen ausdrücklich ausgeschlossen ist, so daß es in der Regel ungewiß ist, welche Schadenersatzfolge die betreffende Regelung im Auge hat und somit das Vorliegen, bzw. das Nichtvorliegen der ratio von OR 109/II entscheidet: wenn diese nicht gegeben ist, dann muß der Grundsatz zur Anwendung kommen, daß bei Vertragsverletzung das Erfüllungsinteresse zu ersetzen ist.

Es handelt sich in diesem Rahmen immer um eine Vertragsauflösung auf Grund spezieller Regelung; auch wenn also die Voraussetzung des Verzuges gegeben ist, wie das im Falle von Rechts- und Sachmängeln der Fall sein kann, indem der Gläubiger den Schuldner in Verzug setzt, so ändert dieser Umstand nichts daran, daß die Frage des Schadenersatzes in jedem Fall geprüft werden muß.

a. Vertragsauflösung infolge Vertragsverletzung, aber nicht infolge Verzuges.

OR 107 ff. kommen hier deshalb nicht zur Anwendung, weil der Verzug, an dessen Vorhandensein sie anknüpfen, nicht gegeben sein kann.

²⁷² vgl. Lemp 108.

²⁷³ vgl. vorn § 9/II/A.

aa. Unzumutbarkeit der Aufrechterhaltung des Vertrages für den Gläubiger.

aaa. Vertragsauflösung infolge Wegfalls eines für den Abschluß des Vertrages maßgebenden Moments (Auflösung infolge unverhältnismäßiger Ueberschreitung des Kostenansatzes).

Die Auflösung des Werkvertrages infolge unverhältnismäßiger Ueberschreitung des Kostenansatzes (OR 375/I) kann nicht an den Verzug des Unternehmers anknüpfen; denn die Erfüllung zum angesetzten Lohn kann nicht verlangt werden²⁷⁴. OR 107 ff. gelangen also nicht zur Anwendung.

bbb. Vertragsauflösung aus wichtigen Gründen.

aaaa. Dienstvertrag.

Ausgenommen ist hier der Fall, wo der Verzug als wichtiger Grund erscheint²⁷⁵ (OR 352, 353).

bbbb. Verpfändungsvertrag.

Die einseitige, vorzeitige Vertragsauflösung auf Grund von OR 527 knüpft an dieselben Voraussetzungen an wie diejenige des Dienstvertrages aus wichtigen Gründen²⁷⁶.

bb. Vertragsauflösung wegen Vertragsverletzung, die weder Nicht- noch Schlechterfüllung ist (Positive Vertragsverletzung).

Unter positiver Vertragsverletzung ist eine solche Zuwiderhandlung gegen eine vertragliche Pflicht zu verstehen, die weder Nicht- noch Schlechterfüllung ist. Sie kann sozusagen in jedem Vertragsverhältnis vorkommen. Eine besondere Regelung dieser Situation findet sich in unserem Recht hinsichtlich der Schenkung (OR 248/I) und des Hinterlegungsvertrages (OR 473/II).

²⁷⁴ vgl. hinten 2/b/bb/aaa/aaaa/bbbbbb.

²⁷⁵ vgl. vorn § 9/II/B/1/a/aa/aaa/5).

²⁷⁶ Ueber den Fall, wo der Verzug als wichtiger Grund erscheint: vgl. vorn § 9/II/B/1/a/aa/aaa/15).

aaa. S c h e n k u n g .

Für die Haftung des Schenkgebers im Fall der Vertragsauflösung²⁷⁷ wegen positiver Vertragsverletzung ist schon deshalb nicht OR 109/II heranzuziehen, weil sich dieser nur auf die Auflösung eines zweiseitig verpflichtenden Vertrages bezieht, abgesehen davon, daß auch die Voraussetzung des Verzuges nicht erfüllt sein kann.

Es handelt sich hier weder um Nicht- noch um Schlechterfüllung; deshalb kann nicht die Erfüllung, bzw. der Ersatz des Erfüllungsinteresses verlangt werden. Die geschenkte Sache ist lediglich so beschaffen, daß sie einen a u ß e r k o n t r a k t l i c h e n Schaden anrichtet. Nun handelt es sich aber nicht um eine selbständige unerlaubte Handlung, sondern mittelbar doch um eine Zuwiderhandlung gegen eine vertragliche Pflicht: der Schenkgeber hätte durch Leistung einer anderen, den Vertragszweck nicht beeinträchtigenden Sache diesen Schaden verhüten können. Der Rechtsgrund der Haftung für diesen Schaden ist daher doch eine Vertragsverletzung, so daß OR 97 ff. (nicht aber OR 107 ff.) anwendbar sind.

bbb. H i n t e r l e g u n g s v e r t r a g .

Hinsichtlich der Auflösung des Hinterlegungsvertrages wegen positiver Vertragsverletzung sind dieselben Ueberlegungen maßgebend wie bezüglich der Auflösung des Schenkungsvertrages aus diesem Grunde (OR 473/II).

cc. V e r t r a g s a u f l ö s u n g s e i t e n s d e r v e r t r a g s b r ü c h i g e n P a r t e i s e l b s t .

aaa. V e r t r a g s a u f l ö s u n g a l s V e r t r a g s v e r l e t z u n g .

aaaa. W e r k v e r t r a g .

Hebt der Besteller auf Grund von OR 377 den Vertrag auf, so kommen OR 107 ff. deshalb nicht zur Anwendung, weil die Aufhebung nicht wegen Verzuges erfolgt.

²⁷⁷ Ob dem Beschenkten neben dem Schadenersatzanspruch das Rücktrittsrecht gegeben ist oder nicht, hängt von den konkreten Umständen ab. Dagegen ist der Anspruch auf Erfüllung stets ausgeschlossen.

bbbb. Miete und Pacht.

Dasselbe gilt für die Vertragsauflösung auf Grund von OR 269 und OR 291.

bbb. Vertragsauflösung durch die aus einem anderen Grunde vertragsbrüchige Partei (Verlöbniß).

Der Verlöbnißbruch kann sowohl seitens derjenigen Partei, die das Verlöbniß aufgehoben hat, wie seitens der Gegenpartei erfolgt sein. In jenem Fall ist diejenige Partei, die den Vertrag aufhebt, selbst schadenersatzpflichtig²⁷⁸.

dd. Verlöbnißbruch.

Auch wenn das Verlöbniß seitens des schuldlosen oder des weniger schuldigen Teils aufgehoben wird, so erfolgt diese Vertragsauflösung nicht infolge Verzuges; denn dieser ist überhaupt undenkbar.

Aber nicht nur OR 107 ff. sind nicht anwendbar, sondern 97 ff. überhaupt nicht: es handelt sich zwar um Nichterfüllung, um die Verletzung einer vertraglichen Pflicht, aber die Erfüllung dieser Pflicht, der Pflicht zur Eingehung der Ehe, ist nicht erzwingbar; denn der Grundsatz der Freiheit der Eheschließung steht der Erzwingbarkeit der Erfüllung entgegen (ZGB 91). Aus diesem Grunde kann der Verlöbnißbrecher, mangels besonderer Bestimmung, auch nicht zum Ersatz des Erfüllungsinteresses verpflichtet werden²⁷⁹. Der Rechtsgrund der Haftung ist aber trotzdem die Verletzung einer vertraglichen Pflicht, auch wenn deren Erfüllung nicht erzwingbar ist. Aus diesem Grunde kann die in ZGB 92 vorgesehene Schadenersatzpflicht nicht außervertraglicher Natur sein. Diese Bestimmung

²⁷⁸ Für den Fall des Dienst- und des Verpfändungsvertrages ist die Voraussetzung des Verzuges aus einem anderen Grunde schlechtweg, also nicht bloß für den Fall der Vertragsauflösung durch die vertragsbrüchige Partei selbst, als nicht gegeben erachtet worden (vgl. vorn § 9/II/B/2/a/aa/bbb).

²⁷⁹ In Frage steht hier nicht die Schadenersatzpflicht Dritten gegenüber. Der Rechtsgrund dieser Haftung ist außervertraglicher Natur. In dieser Bestimmung ZGB 92, die auch die Haftung des Vertragsbrüchigen gegenüber Dritten vorsieht, ist die Mißbilligung dieser Vertrauensverweckung und -täuschung und damit deren Widerrechtlichkeit ausgesprochen.

setzt einen beschränkten Ersatz des positiven Interesses fest: der Schadenersatz, den der Vertragsbrüchige dem anderen Teil zu leisten hat, soll ein angemessener Ersatz für die Veranstaltungen sein, die im Blick auf die Eheschließung in guten Treuen getroffen worden sind. Im Maximum ist aber das *damnum emergens*, also nur ein Teil des negativen Interesses, zu ersetzen^{280 281}. Andernfalls müßte dem schuldlosen Partner der Schaden ersetzt werden, den er beispielsweise dadurch erleidet, daß er infolge des betreffenden Verlöbnisses die Gelegenheit zur Eingehung eines anderen Verlöbnisses versäumt hat. Abgesehen davon, daß der Wortlaut des Gesetzes den Ersatz dieses Schadens klar und deutlich ausschließt, wäre diese Lösung nach meinem Dafürhalten unvereinbar mit unserer Auffassung von der Ehe. Jedenfalls kann derjenige, der geltend macht, durch die Eingehung des fraglichen Verlöbnisses sei ihm ein Vorteil entgangen, hinsichtlich der Auflösung des Verlöbnisses nicht als schuldlos betrachtet werden. Andererseits kann ich mich der Auffassung, der Ersatz des negativen Interesses würde gegen den Grundsatz der Freiheit der Eheschließung verstoßen²⁸², nicht anschließen; denn würde der Umstand, daß der vertragsbrüchige Partner einen Schadenersatz in dieser Höhe zu leisten hätte, bewirken, daß ein Verlobter sich entschlösse, die Ehe trotz allem einzugehen, wäre ihm also die Ehe nicht mehr wert als der Betrag dieses Schadenersatzes, dann könnte von einer Beeinträchtigung der richtig verstandenen Freiheit zur Eheschließung wohl kaum die Rede sein.

In allen behandelten Fällen ist zwar mangels Verzuges die Anwendung von OR 107 ff. ausgeschlossen. Dagegen ist für die Beantwortung der Frage, ob nicht vielleicht doch der negative Interesseersatz Platz greife, auch in diesen Fällen²⁸³ auf die

²⁸⁰ Der positive Schaden des negativen Interesses wird durch den Ersatz des Erfüllungsinteresses mit berücksichtigt, so daß sein Ersatz zugleich als beschränkter Ersatz des positiven Interesses aufgefaßt werden kann (vgl. vorn § 9/II/B/2/b/aa/aaa/aaaa).

²⁸¹ a. M. Egger: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, II. Band: Das Familienrecht, Art. 92 N 7, 8.

²⁸² Diese Ansicht vertritt Simonius 269.

²⁸³ Also nicht nur in den Fällen, in denen die Voraussetzung des Verzuges gegeben sein kann.

besondere Regelung abzustellen. Da nun diese, wie bereits festgestellt, nur in ganz wenigen Fällen sich eindeutig über die Schadenersatzfolge ausspricht, so muß auf das Vorliegen, bzw. das Nichtvorliegen der ratio von OR 109/II abgestellt werden.

b. Vertragsauflösung im Falle des Nichtvorliegens der ratio von OR 109/II.

aa. Vom Willen des Gläubigers unabhängige Vertragsauflösung.

aaa. Vertragsauflösung unmittelbar kraft Gesetzes
(Gewährleistung wegen Mängeln im Recht).

aaaa. Rechtsmängel einer gekauften Sache.

OR 109/II stellt den Grundsatz auf, daß im Falle des Rücktritts infolge schuldhaften Verzuges der Schuldner das negative Interesse zu ersetzen hat. Diese Schadenersatzpflicht knüpft an die Ueberlegung an, daß der Gläubiger nicht sowohl vom Vertrag zurücktreten als auch Ersatz des positiven Interesses soll verlangen können²⁸⁴. Die Regelung der vollständigen Entwehrung in OR 195 (entsprechend die Regelung in OR 208)²⁸⁵ kann daher weder eine Anwendung dieses Grundsatzes darstellen noch das Vorgehen nach diesem Grundsatz insofern zulassen, als der Gläubiger den Schuldner in Verzug setzt; denn die OR 109/II zugrunde liegende ratio ist auf jeden Fall nicht gegeben, weil die Vertragsauflösung stets nicht auf Grund des Wahlrechts von OR 107 erfolgt, indem die Anwendung der allgemeinen Bestimmungen so oder so ausgeschlossen ist. Das Gesetz sieht für den Fall der vollständigen Entwehrung die Aufhebung des Vertrages vor. Es stellt also dem Gläubiger die Entscheidung darüber nicht anheim, ob er den Vertrag aufrecht erhalten und somit auch die eigene Leistung erbringen, dafür aber den Ersatz des Erfüllungsinteresses beanspruchen wolle, oder ob er es vorziehe, vom Vertrag zurückzutreten und so die eigene Leistung

²⁸⁴ vgl. vorn § 9/II/A.

²⁸⁵ vgl. hinten aa/bbb/aaaa.

zurückzubehalten, dafür aber nur den Ersatz des negativen Interesses fordern zu können. Nun ist es freilich auch in diesen Fällen denkbar, daß der Gläubiger daraus einen Vorteil zieht, daß er seinerseits die versprochene Leistung nicht erbringen muß. Im Blick auf solche Fälle wäre es daher gerechtfertigt, dem Gläubiger nicht den Ersatz des Erfüllungsinteresses zuzusprechen. Er muß sich aber in allen Fällen gefallen lassen, daß der Vertrag als aufgehoben gilt, was für ihn hinsichtlich seiner Leistungspflicht ebenso gut keinen Vorteil bedeuten kann. Daher wäre es nicht gerechtfertigt, dem Gläubiger den positiven Interesseersatz schlechthin abzusprechen. Andererseits will aber das Gesetz eine grundsätzliche Lösung geben²⁸⁶. Nun muß aber der Schutz des Gläubigers vorgehen. Aus diesem Grunde kann der Ersatz des negativen Interesses nicht in Betracht fallen und gilt daher der Grundsatz für die Schadenersatzfolgen der Vertragsverletzung; denn eine andere ratio der negativen Interessehaftung trotz Vertragsverletzung ist hinsichtlich der Entweh- rung nicht zu finden²⁸⁷. Auch der Umstand, daß der Vertrag aufgelöst ist, bildet keine solche ratio; denn der Rechtsgrund der Haftung ist nach wie vor die Verletzung einer vertraglichen Pflicht.

Die Haftung auf Grund von OR 195 (und OR 208)²⁸⁸ weicht aber auch insofern von OR 109/II ab, als letztere Bestimmung Verschulden voraussetzt, während OR 195 (wie auch OR 208) über OR 97 ff. hinausgeht und auch eine Haftung ohne Verschulden vorsieht²⁸⁹.

Ich stimme somit Simonius hinsichtlich seines Ergebnisses, dahingehend, daß die Haftung auf Grund von OR 195/I und OR

²⁸⁶ Es wäre wohl auch undurchführbar, daß der Richter je nach den Umständen, d. h. je nachdem ein solcher Vorteil gegeben wäre oder nicht, dem Gläubiger den Ersatz des negativen Interesses oder des Erfüllungsinteresses zusprechen würde.

²⁸⁷ In unserem Recht überhaupt nicht, es sei denn, daß dem Gläubiger neben dem Anspruch auf Erfüllung nur das Rücktrittsrecht zustehe: vgl. vorn § 9/II/B/1/b/bb/bbb.

²⁸⁸ vgl. hinten aa/bbb/aaaa.

²⁸⁹ Diese Haftung ohne Verschulden darf aber bei analoger Anwendung von OR 195 und 208 auf weitere Fälle der Gewährleistung nicht Platz greifen (Ausnahme: Gewährleistung beim Tauschvertrag: vgl. hinten aa/aaa/bbbb und bbb/bbbb).

208/II sich nicht auf das negative Interesse beziehen könne, durchaus bei²⁹⁰, muß aber hinzufügen, daß ich in der Begründung insofern von ihm abweiche, als ich den Umstand, daß der Rechtsgrund dieser Haftung Nichterfüllung ist, nicht für maßgebend erachte. Ist nicht auch der Rechtsgrund der Haftung nach OR 109/II Nichterfüllung? Aus demselben Grunde kann ich mich auch mit der Begründung Beckers für den positiven Interesseersatz nicht einverstanden erklären: „Nun kennt unser Gesetz den Ersatz des negativen Vertragsinteresses als angemessenen Ausgleich, wenn einem Vertrag ein Mangel anhaftet, der die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit begründet, sofern die Gegenpartei den Mangel zu vertreten hat (Art. 20, 26, 39 OR) oder es sonst der Billigkeit entspricht (vgl. Art. 29 OR). Wenn dagegen der Vertrag rechtsbeständig ist und bloß vom Schuldner nicht erfüllt wird, so ist nicht einzusehen, warum dem Käufer der Ersatz des positiven Vertragsinteresses (abgesehen vom mittelbaren Schaden) versagt sein soll²⁹¹“. Auch nach ihm kann demnach die Nichterfüllung, die Verletzung einer vertraglichen Pflicht also, schlechtweg nicht zur Anwendung von OR 109/II führen, einen Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses erzeugen.

Mit den Ausführungen Osers bin ich dagegen weder hinsichtlich des Ergebnisses noch hinsichtlich dessen Begründung einverstanden. Auf Grund von OR 195/I ist nach ihm nur der unmittelbare Schaden zu ersetzen, also nicht etwa auch ein Gewinn, der mit einem anderen Geschäft hätte erzielt werden können; denn er spricht bezüglich Absatz I nur vom Ersatz der Auslagen, die der Vertragsschluß verursacht hat: Bezahlung einer Urkundsperson, Auslagen mit Bezug auf die Vertragsausführung usw. Nur wenn die besonderen Voraussetzungen von Absatz II erfüllt sind, muß seiner Ansicht nach auch der weitere, der mittelbare Schaden, ersetzt werden. Damit meint er den entgangenen Gewinn; denn er sagt weiter, daß unter dem mittelbaren Schaden z. B. die Folgen der Versäumung einer sich bietenden anderen Gelegenheit zum Erwerb eines ähnlichen

²⁹⁰ vgl. Simonius 265.

²⁹¹ vgl. Becker Art. 195 N 1, 2.

Kaufobjektes fallen²⁹². Wenn sich im konkreten Fall eine solche Gelegenheit geboten hat, dann gehört der aus der Nichtbenützung dieser Gelegenheit entstandene Schaden zum negativen Interesse. Dieses würde demnach nur im Falle von Verschulden ersetzt? Oser spricht aber vom negativen Interesse, wenn es sich um den in Absatz I vorgesehenen Schaden handelt, und mit Bezug auf den Schaden nach Absatz II sagt er, daß hier ursprünglich wohl auch nicht das Erfüllungsinteresse gemeint gewesen sei, sondern eben das negative Interesse. Daraus ist zu schließen, daß Oser den unmittelbaren Schaden als negatives Interesse auffaßt, während doch dieses den unmittelbaren wie den mittelbaren Schaden umfaßt. Er läßt aber die Frage offen, was denn unter dem weiteren Schaden zu verstehen sei. Er weist zwar darauf hin, daß sich die Praxis des Bundesgerichts im Falle von Absatz II für den Ersatz des Erfüllungsinteresses ausspricht, und seinen Ausführungen ist zu entnehmen, daß er das Erfüllungsinteresse als ursprünglich gemeinten Ersatz für II wohl verneint, daß er sich nun aber der Entwicklung der Praxis durchaus anschließt. Das bedeutet aber einen Widerspruch zur Annahme, unter dem weiteren Schaden sei der mittelbare Schaden zu verstehen.

Schneider sieht in der entsprechenden Bestimmung des alten OR (Art. 241) in Absatz I den Ersatz des unmittelbaren Schadens, in Absatz II den negativen Interesseersatz ausgesprochen²⁹³. Er versteht aber unter diesem unmittelbaren Schaden an anderer Stelle nicht den positiven Schaden, d. h. das, was in Tat und Wahrheit unmittelbaren Schaden bedeutet, sondern den Schaden, der in der Nichterfüllung der Leistung, an sich betrachtet, liegt²⁹⁴, zählt darunter aber auch den Schaden aus dem Entgehen eines Gewinns²⁹⁵. Er sagt diesem unmittelbaren Schaden auch direkter Schaden. Aus diesem Grunde ist es unklar, was Schneider unter diesem unmittelbaren Schaden in Absatz I versteht.

²⁹² vgl. Oser Art. 195 N 7 ff.

²⁹³ vgl. Schneider/Fick: Das Schweizerische Obligationenrecht (3. A. Zürich 1891) Art 241 N 1 ff.

²⁹⁴ vgl. Schneider/Fick: a. a. O. Art. 116 N 1.

²⁹⁵ vgl. Schneider/Fick: a. a. O. Art. 116 N 6.

Ausgeschlossen ist aber auch die Annahme, in Absatz I sei bereits der positive Interesseersatz gemeint; was sollte denn in diesem Fall mit dem weiteren Schaden gemeint sein? Diese Ansicht vertritt Becker. Er nimmt an, Absatz I spreche vom positiven Interesse; dagegen falle der Gewinn, der durch Weiterveräußerung erzielt werden könne, nicht in Betracht, weil dieser zum mittelbaren Schaden zu rechnen sei, dieser jedoch sei nur im Falle von Verschulden nach Absatz II zu ersetzen²⁹⁶.

Dagegen ist folgendes einzuwenden:

Wenn in Absatz I das Erfüllungsinteresse gemeint wäre, dann würde sich die Frage stellen, was denn in Absatz II gemeint wäre. Diese Frage müßte unbeantwortet bleiben; denn mehr als den Schaden, der dem Käufer durch die Nichterfüllung erwächst, kann dieser auch im Falle schuldhafter Vertragsverletzung nicht ersetzt verlangen. Becker will unter der Voraussetzung von Absatz II allen nicht unmittelbaren, also den mittelbaren Schaden ersetzen lassen. Mit dem letzteren kann nur ein solcher Schaden gemeint sein, der durch die Weiterveräußerung einer Sache erzielt worden wäre. Dieser Schaden ist nun aber bereits im positiven Interesse enthalten: Das negative wie das positive Interesse umfaßt sowohl den unmittelbaren als auch den mittelbaren Schaden. Wenn also nach Absatz I das Erfüllungsinteresse zu ersetzen wäre, so müßte auch für den Entgang des Gewinns Ersatz geleistet werden.

OR 195/I spricht nun vom unmittelbaren Schaden, womit zweifellos der positive Schaden als Teil des negativen Interesses gemeint ist und nicht das negative Interesse, welches auch den mittelbaren Schaden, den entgangenen Gewinn, umfaßt. Würde sich diese Bestimmung mit der Aufzählung der Schadensposten in Ziff. 1—3 begnügen, so könnte schließlich noch angenommen werden, der unmittelbare Schaden stehe wohl im Vordergrund, daneben aber müsse auch der mittelbare Schaden ersetzt werden. Nun spricht aber Ziff. 4 ausdrücklich vom sonstigen unmittelbar verursachten Schaden und will damit alle denkbaren Schadensposten, aber eben nur innerhalb des unmittelbaren Schadens, erfassen. In diesem Rahmen soll der Schuldner ohne

²⁹⁶ vgl. Becker Art. 195 N 1, 2, 7.

Verschulden haften. Fraglich kann nur sein, was unter dem weiteren Schaden, der in Absatz II vorgesehen ist, zu verstehen sei. Handelt es sich hier um den mittelbaren Schaden des negativen oder des positiven Interesses?

Ich habe eingangs festgestellt, daß der Ersatz des negativen Interesses deshalb außer Betracht fällt, weil die OR 109/II zugrunde liegende ratio nicht gegeben ist²⁹⁷. Aus diesem Grunde kann in Absatz II nicht der mittelbare Schaden des negativen Interesses gemeint sein, sondern nur der des positiven Interesses; im Falle des Verschuldens ist also das Erfüllungsinteresse zu ersetzen. In Absatz I ist aber nicht etwa vom positiven Schaden des Erfüllungsinteresses, sondern des negativen Interesses, die Rede; denn er spricht nicht nur von jenen Aufwendungen, die nicht hätten gemacht werden müssen, wenn erfüllt worden wäre (diese würden freilich den positiven Schaden des Erfüllungsinteresses bilden), sondern gemeint sind auch solche, die der Gläubiger auf jeden Fall, also auch im Falle der Erfüllung gemacht hätte, die also nicht die adäquate Folge der Nichterfüllung sein können. Wir müssen aber sogleich hinzufügen, daß sie, obwohl sie nicht zum positiven Schaden des Erfüllungsinteresses gehören, durch den Ersatz des Erfüllungsinteresses mitberücksichtigt werden: Das Erfüllungsinteresse wird zwar so berechnet, daß unter den positiven Schaden nur die infolge der Nichterfüllung gemachten Aufwendungen fallen, während die Leistung von Schadenersatz in der Höhe des entgangenen Gewinns den übrigen Betrag des positiven Schadens des negativen Interesses nicht erfaßt. Das Erfüllungsinteresse würde sich aber nur dann aus diesen beiden Schadensposten zusammensetzen, wenn infolge der Nichterfüllung nur der Gewinn nicht hätte gemacht werden können, daneben aber nicht bereits Aufwendungen gemacht worden wären, die sich beim bloßen Schadenersatz in der Höhe des entgangenen Gewinns als Schaden darstellten, weil sie ihren Zweck verfehlt hätten²⁹⁸. Dem Gläubiger kommt nur insofern

²⁹⁷ vgl. vorn S. 221 ff.

²⁹⁸ Für den Fall aber, daß der Wert der Leistung des säumigen Schuldners berücksichtigt wird, bilden diese Aufwendungen gar keinen Schaden, der nun ersetzt würde, sondern ihre Entstehung wird überhaupt verhindert, indem sie im Dienste der Erfüllung stehen. Aus diesem Grunde habe ich von einer Berücksichtigung dieser Aufwendungen bei

tatsächlich der entgangene Gewinn zugute, als ihm trotz aller Aufwendungen noch der Betrag des betreffenden Gewinns bleibt. Dieser wäre ihm, trotz aller Unkosten, zugefallen, wenn der Vertrag erfüllt worden wäre. Dazu kommt, daß der Gläubiger die eigene Leistung zu erbringen hat²⁹⁹. Darum muß bei der Berechnung des Erfüllungsinteresses neben dem positiven Schaden, der infolge von Aufwendungen entstanden ist, der Wert der nicht erbrachten Leistung des Gegners in Rechnung gestellt werden³⁰⁰. Damit werden alle Aufwendungen, die den positiven Schaden des negativen Interesses ausmachen, neben dem Schaden infolge Entgangs des Gewinns ersetzt, der trotz all dieser Aufwendungen noch hätte gemacht werden können. Der Schaden, der nach Absatz I zu ersetzen ist, stellt also zwar den positiven Schaden des negativen und nicht zugleich des positiven Interesses dar. Aber er ist vom Erfüllungsinteresse in der Höhe des entgangenen Gewinns, bzw. des nicht entstandenen Verlustes, verschieden^{301 302}. Nur wenn also das Geschäft für den Gläubiger überhaupt keinen Gewinn gebracht hätte, ist das Erfüllungsinteresse nicht größer als der nach Absatz I berechnete Schaden, besteht also kein weiterer Schaden.

Aus diesem Grunde ist der auf Grund von OR 195/I zu leistende Schadenersatz grundsätzlich als beschränkter Ersatz des Erfüllungsinteresses zu betrachten, indem der mittelbare Schaden in der Höhe des entgangenen Gewinns nur unter der Voraussetzung

der Berechnung des Erfüllungsinteresses und nicht von einem Schaden gesprochen.

²⁹⁹ Ueber die Differenz- und die Austauschtheorie: vgl. vorn § 9/II/A.

³⁰⁰ vgl. hinten § 10/III/A/1/a/aa.

³⁰¹ vgl. hinten § 10/II/C Einleitung.

³⁰² Im letzteren Fall müßte die Beschränkung des negativen Interessesersatzes auf die Höhe des positiven Platz greifen (vgl. hinten § 10/II/C/2/a/bb).

³⁰³ Diese beschränkte Haftung tritt aber stets ohne Verschulden ein; denn wenn der Entschuldigungsbeis nicht gelungen ist, dann greift OR 195/II Platz, und wenn die Haftung auf Grund von OR 195/II mit derjenigen auf Grund von OR 195/I zusammenfällt, dann kann eben nicht mehr von einer Beschränkung gesprochen werden (a. M. Simonius 265).

von Absatz II zu ersetzen ist. Diese Herabsetzung ist durchaus gerechtfertigt, da diese Haftung ohne Verschulden eintritt³⁰³. Sollte es sich ergeben, daß der Gläubiger im Falle der Erfüllung schlechter gestellt wäre, als wenn ihm der positive Schaden gemäß Absatz I ersetzt würde, wenn also das vorliegende Geschäft für ihn einen Verlust bedeutet hätte, so müßte dieser in Rechnung gestellt werden, d. h. es müßte der nach Absatz I an sich zu leistende Schadenersatz entsprechend herabgesetzt werden³⁰⁴.

bbbb. Rechtsmängel einer getauschten Sache.

Die Regelung der Gewährleistung wegen Mängeln im Recht ist dieselbe, ob es sich um eine verkaufte oder um eine getauschte Sache handelt (OR 238).

cccc. Rechtsmängel einer gemieteten, bzw. einer gepachteten Sache.

OR 258 und OR 280 regeln zwar die Pflicht zur Gewährleistung, sagen aber nichts aus über die Schadenersatzfolgen der vollständigen Inanspruchnahme der gemieteten, bzw. der gepachteten Sache, so daß OR 195 analog angewendet werden muß³⁰⁵.

dddd. Rechtsmängel eines Werkes.

Auch auf diesen Fall findet OR 195 entsprechende Anwendung und greifen darum dieselben Ueberlegungen Platz wie im Falle der vollständigen Entwehrung einer gekauften Sache^{305 306}.

eeee. Rechtsmängel einer geschenkten Sache.

Abgesehen davon, daß für diesen Fall, mangels Zweiseitigkeit des Vertrages, die Voraussetzungen von OR 109/II nicht gegeben sein können, so sind hier dieselben Ueberlegungen für die Ablehnung des negativen Interessesersatzes maßgebend wie

³⁰⁴ vgl. hinten § 10/II/C/2/a/bb.

³⁰⁵ Die Haftung tritt nur im Falle von Verschulden ein (OR 195/II): vgl. vorn S. 222 N 289 und hinten S. 244 N 343.

³⁰⁶ vgl. ZGB 726/I.

im Fall der vollständigen Entwehrung; denn OR 195 findet entsprechende Anwendung, allerdings mit Abweichungen nach zwei Richtungen hin. Sie haben ihren Grund in der causa donandi:

- 1) Es muß eine Zusicherung erteilt worden sein, die sich aus dem Wortlaut oder aus den Umständen ergibt (OR 248/II).
- 2) Die Haftung für den Fall des Verschuldens (OR 195/II) tritt nur ein, wenn der Schenkgeber nicht den Beweis zu erbringen vermag, daß ihm weder Vorsatz noch grobe Fahrlässigkeit zur Last falle (OR 248/I)^{307 308}.

Eine weitere Abweichung von diesem Gewährleistungsgrundsatz besteht noch hinsichtlich der unentgeltlichen Abtretung (OR 171/III).

ffff. Rechtsmängel einer Forderung.

Die Situation der Gewährleistung für den Bestand der Forderung (bei der entgeltlichen Abtretung) ist dieselbe wie die der Gewährleistung wegen Mängeln im Recht an einer gekauften Sache, so daß OR 195 sinngemäße Anwendung fände³⁰⁹, wenn nicht hinsichtlich der Schadenersatzfolgen eine besondere Regelung bestünde (OR 173/I). Auch hier ist der Rechtsgrund der Haftung die Verletzung einer vertraglichen Pflicht, die Nichterfüllung. Der Gläubiger kann aber im Falle des Rückgriffs nicht Ersatz des Erfüllungsinteresses beanspruchen. Kraft positiver Bestimmung ist der Ersatz der Kosten, des unmittelbaren Schadens, statuiert, entsprechend der Regelung in OR 195/I. Damit ist aber nicht der Ersatz des negativen Interesses gemeint³¹⁰; denn dieses umfaßt auch den mittelbaren Schaden. Ebenso wie OR 195/I Ersatz allen positiven Schadens vorsieht, so umfaßt auch OR 173/I nicht nur den Ersatz aller Aufwendungen, die im Falle der Erfüllung nicht gemacht worden wären, sondern auch derjenigen, die der Gläubiger auf jeden Fall gemacht hätte, also auch im Falle der Erfüllung. Die Haf-

³⁰⁷ vgl. Oser Art. 248 N 9.

³⁰⁸ Ohne Verschulden wird überhaupt nicht, also auch nicht in beschränktem Umfang, gehaftet.

³⁰⁹ In diesem Fall träte aber keine Haftung ohne Verschulden ein.

³¹⁰ a. M. Oser Art. 173 N 2.

tung des Zedenten tritt auch ohne Verschulden ein, im Falle von Verschulden ist die Haftung dieselbe.

Besondere Beachtung verdient der Fall der Gewährleistung wegen Nichtbestandes der Forderung infolge Unmöglichkeit. Obwohl die Abtretung nichtig ist (OR 20) und aus diesem Grunde die negative Interessenhaftung als Folge der Verletzung einer außervertraglichen Pflicht, der Vertrauensерweckung und -täuschung, in Betracht fiele³¹¹, so muß doch in diesem Fall, mit Rücksicht auf OR 173/I, die Haftung auf den Ersatz des positiven Schadens beschränkt sein; denn der Zessionar kann doch im Falle der Nichtigkeit der Abtretung nicht besser gestellt sein als unter der Voraussetzung ihrer Gültigkeit.

bbb. Vertragsauflösung auf Grund richterlichen Ermessens (Gewährleistung wegen Mängeln in der Sache).

aaaa. Sachmängel einer gekauften Sache.

Im Falle der Wandelung entsteht die Frage, ob der Ersatz des Erfüllungsinteresses nicht deshalb zu weit gehe, weil, im Gegensatz zum Fall der Entwehrung, der Vertrag nicht als aufgehoben gilt. Ob es nun aber im Falle des Vorliegens von Mängeln der Sache zur Wandelung kommt oder zur Minderung, das hängt nicht vom Willen des Käufers ab, sondern der Richter entscheidet auf Grund der Umstände, ob die Wandelung gerechtfertigt sei oder nicht. Er läßt sich dabei nicht davon leiten, ob die Wandelung für den Gläubiger vorteilhaft sei oder nicht. Es bleibt daher kein Raum für die Ueberlegung, daß zwar der positive Interesseersatz für die Verletzung einer vertraglichen Pflicht an sich der angemessene Ersatz wäre, daß aber der Käufer nicht sowohl den Vorteil aus dem Dahinfallen seiner Leistungspflicht auf Grund der Wahl des Rücktritts als auch den Wert dessen, was ihm zugefallen wäre, wenn er selbst erfüllt hätte, also den Ersatz des Erfüllungsinteresses, soll beanspruchen können. Es ist nach OR 205/II durchaus denkbar, daß die Wandelung durchgeführt wird, obwohl der Käufer aus der

³¹¹ vgl. vorn § 9/I/B/1/a/aa/aaa/aaaa.

damit verbundenen Aufhebung seiner Leistungspflicht keinen Vorteil zieht, anderseits könnte er vielleicht einen Vorteil daraus ziehen in einem Fall, wo der Richter die Wandelung nicht ausspricht, weil die Umstände nach seinem Ermessen sie nicht rechtfertigen. Wenn nun aber nicht ein für allemal feststeht, daß der Käufer aus der Befreiung von seiner Leistungspflicht einen Vorteil zieht, so kann ihm nicht ein für allemal der Ersatz des positiven Interesses abgesprochen werden^{312 313}. Es wäre aber auch ausgeschlossen, in jedem einzelnen Fall zu untersuchen, ob dieser Vorteil gegeben sei oder nicht. Man müßte objektiv darauf abstellen, ob die Wahl des Gläubigers maßgebend gewesen sei oder nicht. Man könnte wohl aber nicht unterscheiden zwischen den Fällen, in denen der Gläubiger die Wandelung verlangt und der Richter dieser Forderung entsprochen hat und den Fällen, in denen sie der Richter, entgegen dem Willen des Gläubigers, ausgesprochen hat; denn einerseits hat es der Gläubiger in der Hand, Minderung zu verlangen, auch wenn er damit rechnen muß, daß der Richter die Wandelung aussprechen werde, anderseits sind für die Entscheidung, ob Wandelung oder Minderung statthaben soll, ganz allgemein, also auch für den Käufer, der das Wahlrecht ausübt, ganz andere Momente entscheidend, und es wäre ausgeschlossen, die Motive einer bestimmten Wahl zu finden. Aus diesem Grunde ist auch hinsichtlich der Wandelung jener Grund nicht gegeben, der maßgebend war für die Statuierung der negativen Interessehaftung in OR 109/II trotz Verletzung einer vertraglichen Pflicht, und zwar schließt OR 208 auch das Vorgehen nach OR 107 ff. im Falle des Verzuges aus, weil auch insofern letztlich das richterliche Ermessen über die Anwendung der Wandelung, bzw. der Minderung entscheidet.

bbbb. Sachmängel einer getauschten Sache.

Zur Behandlung dieses Falles ist OR 208 heranzuziehen (OR 238).

³¹² vgl. vorn § 9/II/B/2/b/aa/aaa/aaaa.

³¹³ Voraussetzung für den Ersatz des positiven Interesses ist hier ebenfalls das Verschulden (OR 208/III).

cccc. Sachmängel einer gemieteten, bzw. einer gepachteten Sache (Uebergabe in ungeeignetem Zustand).

Nicht der Mieter, bzw. der Pächter, sondern der Richter gibt die letzte Entscheidung darüber, ob der Vertrag aufgehoben oder ob nur der Miet-, bzw. der Pachtzins herabgesetzt werde (OR 254/II, 277/II und OR 205). Aus diesem Grunde ist die ratio der negativen Interessehaftung im Falle der Vertragsauflösung nicht gegeben, die negative Interessehaftung somit ausgeschlossen. Hinsichtlich der Schadenersatzfolgen findet OR 208 analoge Anwendung, jedoch nur mit Bezug auf die Haftung bei Verschulden (OR 208/III)³¹⁴.

dddd. Sachmängel eines Werkes.

Der Besteller ist zwar unter den Voraussetzungen von OR 368 vor die Wahl gestellt, entweder den Vertrag rückgängig zu machen oder Ersatz des Minderwertes zu verlangen; aber der Besteller kann nicht die letzte Entscheidung darüber treffen, ob das eine oder das andere eintreten soll; denn das richterliche Ermessen entscheidet über das Vorliegen von Unbrauchbarkeit oder Unzumutbarkeit. Der Besteller ist in dieser Beziehung in derselben Lage wie der Käufer bei Mängeln einer gekauften Sache (OR 205)³¹⁵. Der Grund, warum das Gesetz für den Werkvertrag eine entsprechende Regelung aufgestellt hat, liegt darin, daß das Gesetz die Rechtsbehelfe des Bestellers gegenüber denen des Käufers einschränken wollen: der Besteller kann im Falle der Unbrauchbarkeit des Werkes oder der Unzumutbarkeit der Annahme nicht die Lieferung eines andern Werkes verlangen, während der Käufer in der entsprechenden Lage Lieferung anderer Ware fordern kann (OR 206). Dagegen hat auch das Wahlrecht des Gläubigers im Falle vom Mängeln im Werk nicht die Bedeutung des in OR 109/II vorausgesetzten Wahlrechts. Aus diesem Grunde ist auch bei Aufhebung des Vertrages wegen Mängeln im Werk das Erfüllungsinteresse zu

³¹⁴ vgl. vorn S. 222 N. 289.

³¹⁵ vgl. vorn § 9/II/B/2/b/aa/bbb/aaaa.

ersetzen, wobei Verschulden des Unternehmers vorausgesetzt ist (OR 208/III), während OR 208/II keine Anwendung findet.

eeee. Sachmängel einer geschenkten Sache.

Abgesehen davon, daß es sich hier nicht um einen zweiseitig verpflichtenden Vertrag handelt, ist auch der Grund für den Eintritt der negativen Interessehaftung trotz Vertragsverletzung keineswegs gegeben; denn einerseits entscheidet auch hier das richterliche Ermessen, ob wegen der Mängel in der geschenkten Sache der Vertrag aufgehoben werde oder ob Ersatz des Minderwertes zu leisten sei (OR 205), und andererseits kann der Schenknehmer deshalb gar kein Interesse an der Auflösung des Vertrages haben, weil er selber keine Leistung erbringen muß. Aus diesem Grunde kann im Falle der Aufhebung des Schenkungsvertrages wegen Mängeln in der geschenkten Sache als Schadenersatz nur der positive Interesseersatz in Frage kommen (OR 248/II, OR 208)³¹⁶.

ffff. „Sach“-Mangel einer Forderung.

Unter der Voraussetzung, daß der Abtretende sich verpflichtet hat, für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners zu haften (OR 171/II), kommt auch hier OR 173/I zur Anwendung, so daß sowohl der positive wie der negative Interesseersatz ausgeschlossen ist³¹⁷.

ccc. Vertragsauflösung seitens der vertragsbrüchigen Partei selbst.

aaaa. Vertragsauflösung als Vertragsverletzung.

aaaaa. Werkvertrag.

Der Besteller ist, wenn er den Vertrag aufheben will, nach OR 377 verpflichtet, den Unternehmer schadlos zu halten. Er

³¹⁶ Ueber die Besonderheiten als Ausfluß der causa donandi: vgl. vorn § 9/II/B/2/b/aa/aaa/eeee. Ohne Verschulden haftet der Schenkgeber überhaupt nicht.

³¹⁷ vgl. vorn § 9/II/B/2/b/aa/aaa/ffff.

kann nun aber dadurch, daß er nicht nur in der Weise vertragsbrüchig wird, daß er mit einer Leistung in Verzug kommt, sondern überhaupt vom Vertrag zurücktritt, dem Unternehmer also die Ausübung des Wahlrechts verunmöglicht, sowieso nicht bestimmen, daß das negative und nicht das positive Interesse zu ersetzen sei. Der Unternehmer hätte bei Verzug des Bestellers das Recht gehabt, am Vertrag festzuhalten und Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen. Wenn ihm nun diese Möglichkeit der Ausübung des Wahlrechts genommen wird, so ist es nicht gerechtfertigt, ihm die Entbindung von der eigenen Leistungspflicht als Vorteil anzurechnen und ihm aus diesem Grunde nur den Ersatz des negativen Interesses zuzugestehen. Wenn nun der Besteller den Vertrag aufhebt, so ist es für seine Verpflichtung zum Ersatz des positiven Interesses keineswegs notwendig, daß er es unter Hinweis auf das in OR 377 vorgesehene Recht tut; es genügt, daß der Besteller nicht wegen Verzuges des Unternehmers den Vertrag auflöst.

bbbb. Miete und Pacht (Vertragsauflösung aus wichtigen Gründen).

Wer einen Miet- oder einen Pachtvertrag aus wichtigen Gründen aufhebt (OR 269 und OR 291), muß zum Ersatz des Erfüllungsinteresses verpflichtet werden, weil die OR 109/II zugrunde liegende ratio nicht gegeben ist.

bbbb. Vertragsauflösung durch die aus einem anderen Grunde vertragsbrüchige Partei.

aaaa. Dienst- und Verpfändungsvertrag (Vertragsauflösung aus wichtigen Gründen).

Das Fehlen jener ratio trifft insofern auch für die Vertragsauflösung auf Grund von OR 352 und OR 527 zu, als die den Vertrag auflösende Partei selbst vertragswidrig gehandelt hat.

bbbb. Verlöbniß.

Tritt der Verlöbnißbrecher selbst zurück, so ist auch der Grund der negativen Interessehaftung nicht gegeben³¹⁸.

bb. Vertragsauflösung, bei der das Wahlrecht des Gläubigers nicht die in OR 109/II vorausgesetzte Bedeutung hat.

aaa. Unzumutbarkeit der Aufrechterhaltung des Vertrages für den Gläubiger.

aaaa. Vertragsauflösung wegen Wegfalls eines für den Abschluß des Vertrages maßgebenden Moments.

aaaaa. Auflösung auf Grund teilweiser Entwehrung.

Im Falle der vollständigen Entwehrung kann, so haben wir gesehen, nicht der Käufer die Aufhebung des Vertrages wählen, sondern der Vertrag gilt von Gesetzes wegen als aufgehoben. Nun ist es aber denkbar, daß auch im Falle der teilweisen Entwehrung der Vertrag aufgehoben wird, nämlich sofern die Umstände dergestalt sind, daß der Käufer den Vertrag nicht abgeschlossen hätte, wenn er die teilweise Entwehrung vorausgesehen hätte (OR 196), und zwar kann er die Wandelungsan Stelle der Minderungsklage anstrengen und steht ihm insofern ein Wahlrecht zu. Weil nun aber diese Vertragsaufhebung nur in einem beschränkten Rahmen möglich ist, nämlich nur dann, wenn die besondere Voraussetzung von OR 196 gegeben ist, so kann der Gläubiger die Ausübung seines Wahlrechts nicht nach dem Vorteil orientieren, der ihm eventuell aus der Befreiung von seiner Leistungspflicht erwächst. Dieses Moment steht in jenem engen Raum, in dem der Käufer sein Wahlrecht ausüben kann, zweifellos nicht im Vordergrund. Wenn er sich für die Aufhebung

³¹⁸ vgl. vorn § 9/II/B/2/a/cc/bbb.

des Vertrages entscheidet, dann wird er dies aller Regel nach nicht deshalb tun, weil er so die eigene Leistung nicht erbringen muß, sondern vielmehr deshalb, weil er sich vor eine Situation gestellt sieht, die er bei Abschluß des Vertrages nicht erwartete und nicht erwarten mußte und die für ihn derart entscheidend ist, daß ihm die Aufrechterhaltung des Vertrages nicht zugemutet werden kann. Dem Gläubiger wäre mit dem Ersatz des durch die Entwehrung verursachten Schadens nicht gedient³¹⁹. Wäre es da gerecht, dem Gläubiger mit Rücksicht darauf, daß er dabei unter Umständen bezüglich seiner Leistungspflicht einen Vorteil aus der Auflösung des Vertrages zieht, den Ersatz des Erfüllungsinteresses schlechtweg zu verweigern? Es ist ihm im Gegenteil der Ersatz des Erfüllungsinteresses schlechthin zu gewähren^{320 321}. Diese besondere Regelung schließt aber auch das Vorgehen nach OR 107 ff. für den Fall aus, in dem der Verkäufer in Verzug gesetzt worden ist, weil auch insofern der Käufer nicht frei darüber entscheiden kann, ob der Vertrag aufgehoben werde oder nicht³²².

OR 196 findet entsprechende Anwendung auf die Fälle der teilweisen Inanspruchnahme einer getauschten, einer gemieteten oder einer gepachteten Sache oder eines Werkes³²³ (OR 238, 258, 280)³²⁴, so daß hier dieselben Ueberlegungen zum selben Ergebnis führen.

bbbb. Auflösung infolge unverhältnismäßiger Ueberschreitung des Kostenansatzes.

Der Besteller hat nach OR 375/I das Recht, die Annahme des Werkes zu verweigern und vom Vertrag zurückzutreten, wenn die Ueberschreitung des Kostenansatzes in keinem Ver-

³¹⁹ Beispiel: Kauf eines Service, von welchem ein wesentlicher Bestandteil entwehrt wird.

³²⁰ vgl. vorn § 9/II/B/2/b/aa/aaa/aaaa und § 9/II/B/2/b/aa/bbb/aaaa.

³²¹ Ist jedoch die Voraussetzung des Verschuldens nicht erfüllt, so ist OR 195/I anzuwenden.

³²² vgl. vorn § 9/II/B/2/b/aa/aaa/aaaa und § 9/II/B/2/b/aa/bbb/aaaa.

³²³ vgl. ZGB 726/I.

hältnis zum Wert des Werkes steht. Macht er aber von diesem Recht keinen Gebrauch, so muß er den Lohn trotz Ueberschreitung bezahlen. Die Wahl des Rücktritts und damit die Befreiung von seiner Leistungspflicht können wir aber für die Beurteilung der Frage, welches Interesse ihm der Unternehmer zu ersetzen habe, nicht für maßgebend erachten; denn einerseits hat der Besteller unter den Voraussetzungen von OR 375/I wohl das Recht, vom Vertrag zurückzutreten, nicht aber das Recht, die Erfüllung zum angesetzten Lohn zu verlangen, so daß ihm nicht das Wahlrecht von OR 107 zusteht³²³, und anderseits wird der Besteller nicht aus dem Grunde vom Vertrag zurücktreten, um sich von der eigenen Verpflichtung zu befreien, sondern deshalb, weil er den Vertrag unter den derart veränderten Bedingungen gar nicht abgeschlossen hätte. Kommen wir nun aber unter diesem Gesichtspunkt zur Ablehnung der negativen Interessehaftung, so müssen wir anderseits auch die Haftung für das Interesse an der Erfüllung zu den ursprünglichen Bedingungen ablehnen, kann doch der Besteller nicht Erfüllung zum vereinbarten Lohn fordern. Nun läßt sich aber bestimmen, was der Besteller hätte, wenn der Vertrag unter den veränderten Bedingungen erfüllt würde, welches sein Interesse am teureren Werk wäre. Dieses Interesse ist ihm zu ersetzen. Ich gehe dabei allerdings von der Voraussetzung aus, daß dem Unternehmer die Anfertigung des Werkes zum vereinbarten ungefähren Ansatz unmöglich ist. Im entgegengesetzten Fall muß der Besteller freilich verlangen können, daß ihm das bestellte Werk rechtzeitig zum verabredeten Ansatz geliefert werde. In diesem Fall steht also der Anwendung von OR 107 ff. nichts im Wege. Tritt der Besteller aber unter dieser Voraussetzung, dagegen nicht auf Grund von OR 107, sondern nach OR 375/I zurück, so muß ihm das Interesse an der Erfüllung zu den ursprünglichen Bedingungen ersetzt werden.

Diese beiden Situationen müssen verschieden behandelt werden, wenn auch das Gesetz nicht unterscheidet zwischen dem Fall, wo die Anfertigung des Werkes zum verabredeten Lohn nicht möglich ist und dem Fall, wo der Unternehmer mehr

³²⁴ Die Haftung tritt jedoch nur im Falle von Verschulden ein.

Arbeit und Kosten für das Werk aufwendet, als er zur Vollendung des Werkes aufwenden mußte.

Dagegen erscheint mir für jenen Fall unter einem anderen Gesichtspunkt eine andere Lösung als gerecht: Der Vertrag ist zwar nicht wegen ursprünglicher Unmöglichkeit nichtig und fällt auch nicht wegen nachträglicher Unmöglichkeit dahin. Aber die Erfüllung des Vertrages zu den ursprünglichen Bedingungen ist ausgeschlossen und dem Gläubiger die Aufrechterhaltung des Vertrages zu den veränderten Bedingungen unzumutbar, so daß der Schuldner dasselbe Vertrauen des Gläubigers erweckt und getäuscht hat wie im Falle der ursprünglichen und der nachträglichen Unmöglichkeit³²⁶. Ist dieses Vertrauen berechtigt und trifft den Schuldner ein Verschulden, so sind die Voraussetzungen der negativen Interessehaftung als Folge der Verletzung einer außervertraglichen Pflicht gegeben.

Erfolgt die Vertragsauflösung durch den Besteller auf Grund von OR 375/II, so ist als Besonderheit das hervorzuheben, daß die Aufhebung ex nunc wirkt, so daß der Besteller dem Unternehmer nebst dem Kostenersatz eine angemessene Vergütung für die geleistete persönliche Arbeit zu erbringen hat³²⁷.

bbbb. Vertragsauflösung aus wichtigen Gründen.

aaaaa. Im allgemeinen.

Die den Vertrag auflösende Partei hat zwar die Wahl, entweder den Vertrag aufrecht zu erhalten oder ihn aufzulösen. OR 109/II geht aber davon aus, daß der Gläubiger in dem Sinne die Wahl hat zwischen den beiden Varianten, daß er sich nur deshalb zur Variante des Rücktritts entscheidet, weil diese ihm einen bestimmten Vorteil bietet. Nur unter dieser Voraussetzung wäre hier daher der Ersatz des negativen Interesses gerechtfertigt. Nun müssen aber solche Gründe vorliegen, die die Aufrechterhaltung des Vertragsverhältnisses für die betref-

³²⁵ vgl. vorn § 9/II/B/2/a/aa/aaa.

³²⁶ vgl. vorn § 9/I/B/1/a/aa/aaa.

fende Partei als unzumutbar erscheinen lassen. Daher kann dem Gläubiger nicht mit Rücksicht darauf, daß er sich für die Vertragsaufhebung entscheidet, der Ersatz des Erfüllungsinteresses abgesprochen werden. Freilich erzielt der Gläubiger durch die Vertragsauflösung unter Umständen einen Vorteil. Aber deshalb, weil diese Möglichkeit besteht, kann nicht schlechthin jene Konsequenz gezogen werden³²⁸.

Nicht in allen Fällen, in denen im Gesetz vom „Rücktritt“ aus wichtigen Gründen die Rede ist, ist diese einseitige Vertragsauflösung mit einem Schadenersatzrecht verbunden; denn jenes Recht ist einfach aufzufassen als das Recht derjenigen Partei zur sofortigen Auflösung des Vertrages, der dessen Aufrechterhaltung nicht mehr zugemutet werden kann. Bei der Miete (OR 269) und bei der Pacht (OR 291) ist derjenige, der aus wichtigen Gründen den Vertrag aufhebt, sogar verpflichtet, seinem Vertragsgegner vollen Ersatz zu leisten³²⁹. Nun ist es aber auch in den übrigen Fällen, nämlich beim Dienst- und beim Verpfründungsvertrag, möglich, daß die aus wichtigen Gründen den Vertrag auflösende Partei selbst vertragsbrüchig ist und daher schadenersatzpflichtig wird³³⁰. Wir betrachten hier aber nur die Situation, wo die wichtigen Gründe im vertragswidrigen Verhalten³³¹ der Gegenpartei des Aufhebenden liegen.

bbbbb. Dienstvertrag.

Wer aus wichtigen Gründen den Dienstvertrag aufhebt (OR 352)³³², hat sich allerdings frei dazu entscheiden können. Aber das Auflösungsrecht stand ihm deshalb zu, weil die Umstände die Aufrechterhaltung des Vertrages ihm unzumutbar

³²⁷ *Superficies solo cedit.*

³²⁸ vgl. vorn § 9/II/B/2/b/aa/aaa/aaaa und § 9/II/B/2/b/aa/bbb/aaaa.

³²⁹ vgl. vorn § 9/II/B/2/a/cc/aaa/bbbb.

³³⁰ vgl. vorn § 9/II/B/2/b/aa/cc/bbbb/aaaaa.

³³¹ Als vertragswidriges Verhalten fasse ich auch ein solches Verhalten auf, das zwar an sich den Vertrag nicht verletzt, aber doch zur Vertragsauflösung führt und darum mittelbar gegen die vertraglichen Pflichten verstößt.

³³² Diese Aufhebung, die das Gesetz Rücktritt nennt, wirkt ex nunc und wird daher richtigerweise als einseitige, vorzeitige Vertragsaufhebung bezeichnet.

machten. Also blieb ihm praktisch gar nichts anderes übrig, als den Vertrag aufzulösen. Wenn er nun auch infolge dieses Rücktritts die eigene Leistung nicht erbringen muß und ihm daraus ein Vorteil erwachsen kann, so kann ihm mit Rücksicht darauf nicht der Ersatz des Erfüllungsinteresses verweigert werden³³³.

ccccc. Verpfündungsvertrag.

Voraussetzung des Rechts zur einseitigen, vorzeitigen Vertragsauflösung³³⁴ ist nach OR 527, daß das Vertragsverhältnis unerträglich geworden ist. Daher greifen hier dieselben Ueberlegungen Platz wie bei der einseitigen Auflösung des Dienstvertrages aus wichtigen Gründen, so daß die gegen die vertraglichen Pflichten verstoßende Partei zum Ersatz des Erfüllungsinteresses verpflichtet ist.

bbb. Vertragsauflösung, bei welcher der Verzicht auf die nachträgliche Erfüllung den Gläubigern notwendigerweise von der eigenen Leistungspflicht entbindet
(Verlagsvertrag: Verzug des Verlegers).

aaaa. Verzug in der Herstellung und im Vertrieb einer neuen Auflage.

Der Verleger kommt dadurch, daß er die Veranstaltung einer neuen Auflage versäumt, in Verzug. Dessen Voraussetzungen sind in OR 383/III geregelt. Diese Bestimmung schränkt die Rechte des Verlagebers nicht ein: er kann nach unbenütztem Ablauf der Frist sowohl das Werk anderweitig in Verlag geben als auch die Erfüllung verlangen. Entscheidet er sich für den Verzicht auf die nachträgliche Erfüllung, so kann er entweder vom Vertrag zurücktreten oder den Vertrag aufrecht erhalten. Art. 383/III weicht nur insofern von den allgemeinen

³³³ vgl. OR 353.

³³⁴ Die Vertragsauflösung infolge Verzuges des Pfründers hat rückwirkende Kraft (OR 526/III), diejenige auf Grund des Verzuges des Pfrundgebers muß dagegen ex nunc wirken, da die bereits erfüllten Leistungen des Verpfänders brauchbar sind.

Bestimmungen ab, als nach ihm einerseits die Nachfrist gerichtlich angesetzt werden muß und anderseits der Verleger im Falle deren fruchtlosen Ablaufs sein Recht verwirkt. Diese Rechtsverwirkung tritt in jedem Fall des Verzichts auf nachträgliche Erfüllung ein, also auch dann, wenn der Verlaggeber den Vertrag aufrecht erhält, anders ausgedrückt: auch in diesem Fall hat der Verlaggeber seine Leistung nicht mehr zu erbringen. Im Verzicht auf nachträgliche Erfüllung liegt bereits diese Befreiung³³⁵. Vertragsauflösung und Aufrechterhaltung des Vertrages unter Verzicht auf nachträgliche Erfüllung stellen hier dieselbe Situation dar. Das Vorgehen entsprechend der Differenztheorie hat hier nicht dieselbe Bedeutung wie sonst³³⁶: der Verleger hat die Leistung, die der Verlaggeber bereits erbracht hat, zurückzuerstatten. Aus diesen Gründen ist hier die ratio der negativen Interessehaftung trotz Verletzung einer vertraglichen Pflicht nicht gegeben. Diese Regelung der Voraussetzungen des Rücktritts beeinflußt demnach dessen Wirkungen im Sinne einer Abweichung von den allgemeinen Bestimmungen³³⁷, indem der Verlaggeber im Falle des berechtigten Verzichts auf nachträgliche Erfüllung auf Grund von OR 383/III auf jeden Fall Anspruch auf Ersatz des Erfüllungsinteresses hat.

bbbb. Verzug in der erstmaligen Vervielfältigung und im erstmaligen Vertrieb.

OR 383/III regelt zwar nur den Verzug in der Herstellung und im Vertrieb einer neuen Auflage ausdrücklich. Aber auch die Folgen des Verzuges in der erstmaligen Herstellung einer Auflage weichen im genannten Sinne von OR 107 ff. ab. Der Grund, warum der Gesetzgeber nicht diesen, doch sicher näherliegenden Fall ausdrücklich geregelt hat, liegt darin, daß es ihm in OR 383/III vor allem darum gegangen ist zu statuieren, daß, wenn das Verlagsrecht für mehrere Auflagen übertragen

³³⁵ vgl. Lemp 91.

³³⁶ Die Natur des Vertrages schließt hier das Vorgehen nach der Austauschtheorie aus: vgl. vorn § 9/II/A (vor allem S. 183/184).

³³⁷ vgl. vorn § 9/II/B/1/b/aa.

ist, der Verleger nicht nur das Recht hat, falls eine Auflage vergriffen ist, eine neue zu veranstalten, sondern daß er auch dazu verpflichtet ist. Diese Regelung läßt sich allerdings schon aus dem Umstand ableiten, daß es ja gerade im Wesen des Verlagsvertrages liegt, daß das, was für den Verleger ein Recht bedeutet, zugleich eine Pflicht ist; denn abgesehen vom Honorar, das dem Verlaggeber eventuell zu leisten ist, besteht die Gegenleistung für die Ueberlassung eines Werkes in der Ausübung des Rechts des Verlegers. Wenn also dieses Recht, das Verlagsrecht, für mehrere oder alle Auflagen übertragen wird, so übernimmt der Verleger damit auch die vertragliche Pflicht, die entsprechende Anzahl von Auflagen herzustellen und zu vertreiben, so daß er unaufgefordert eine neue Auflage errichten muß, wenn eine Auflage vergriffen ist.

Wir kommen zum Schluß, daß in den Fällen, in denen bereits die Anwendung von OR 107 ff. mangels Verzuges ausgeschlossen³³⁸ ist, auch die ratio der negativen Interesseshaftung von OR 109/II nicht gegeben ist und daß in den übrigen Fällen, mangels Vorliegens dieser ratio, auch das Vorgehen nach OR 107 ff. im Falle des Verzuges ausgeschlossen ist³³⁹, so daß wir auf das Prinzip zurückgehen müssen, daß im Falle der Vertragsverletzung das Erfüllungsinteresse zu ersetzen ist.

c. Vertragsauflösung ohne Schadenersatzfolgen überhaupt (Kreditvertrag mit Wartezeit: Verzug des Kreditnehmers).

Hinsichtlich des Verzuges des Kreditnehmers enthalten die VO des Bundesrates über die Kreditkassen mit Wartezeit vom 5. Februar 1935 (VKW) und der BRB betreffend Abänderung der VKW vom 9. August 1935 eine besondere Regelung. Die Kreditkasse hat neben dem Erfüllungsanspruch nur das Recht zur einseitigen, vorzeitigen Vertragsauflösung. Deren Folgen sind verschieden, je nachdem, ob der Kreditnehmer noch nicht oder bereits zugeteilt ist.

Für den Fall des Verzuges noch nicht zugeteilter Kredit-

³³⁸ vgl. vorn § 9/II/B/2/a.

³³⁹ vgl. vorn § 9/II/B/2/b.

nehmer finden Art. 33/V und 31 VKW Anwendung. Die Kreditkasse hat keinen Schadenersatzanspruch; denn sonst würde ja der Kreditnehmer schlechter gestellt, als wenn er seinerseits von dem ihm jederzeit zustehenden Rücktrittsrecht Gebrauch gemacht hätte (VKW 31/I).

Im Falle des Verzuges bereits zugeteilter Kreditnehmer kann die Kreditkasse den Vertrag nicht ohne weiteres aufheben, sondern nur dann, wenn der Kreditnehmer länger als drei Monate keine vertragsmäßige Zahlung (Zinsen, Abzahlungen, Annuitäten) oder die Pfandsicherheiten nicht innerhalb dreier Monate nach Aufforderung leistet (VKW 33/II). Der Kreditnehmer hat das erhaltene Darlehen zurückzubezahlen. Die Kasse ist auch in diesem Fall nicht schadenersatzberechtigt; denn der Kreditnehmer ist jederzeit zur vorzeitigen Rückzahlung des Darlehens berechtigt (VKW 26/II), ohne deswegen zu Schadenersatz verpflichtet zu werden. Dagegen kann die Kreditkasse nach Art. 30/II Verzugszins zu 5 % verlangen³⁴⁰.

Daraus geht hervor, daß nicht nur das Vorgehen nach OR 107 ff. ausgeschlossen ist, sondern daß auch weder der negative noch der positive Interesseersatzanspruch in Frage kommt³⁴¹.

Den Ausführungen unter II/B ist zu entnehmen, daß der Grundsatz von OR 109/II nur dann, aber immer dann zur Anwendung kommt, wenn seine Anwendung gerechtfertigt ist, so daß er wohl, seiner äußeren Erscheinung nach, als eine Ausnahme, niemals aber als ein Fremdkörper in unserem Recht aufgefaßt werden kann³⁴².

Ich hoffe, mit diesen Betrachtungen über die Anwendung und die Nichtanwendung jenes Grundsatzes das Verhältnis des negativen Interesses zum positiven Interesse veranschaulicht zu haben, indem sie gezeigt hätten, daß Gerechtigkeit und Billigkeit maßgebend sind dafür, ob das negative oder das positive Interesse zu ersetzen ist.

³⁴⁰ vgl. Lemp 115/116.

³⁴¹ Ueber den Verzug der Kreditkasse: vgl. vorn § 9/II/B/1/a/aa/hbb/2).

³⁴² vgl. vorn § 9/II/A.

In allen in Frage stehenden Fällen, also vor allem auch in den Anwendungsfällen des Grundsatzes von OR 109/II ist der Rechtsgrund der Haftung die Nichterfüllung. Hinsichtlich des Verschuldens ist daher der Schuldner beweispflichtig³⁴³. Oser kommt für die letzteren Fälle zur gegenteiligen Lösung; denn er sieht in OR 109/II eine Ausnahmebestimmung von OR 41 ff., die nicht ausdehnend zu interpretieren sei³⁴⁴.

Aus den vergangenen Untersuchungen ergibt sich, daß die negative Interessehaftung in unserem Recht ein weites Anwendungsgebiet gefunden hat.

§ 10: Akzessorische Probleme

I. Voraussetzungen der negativen Interessehaftung

A. Die typische Haftungsvoraussetzung der Gutgläubigkeit

Bei der Beurteilung der Frage, ob Schlechtgläubigkeit im Sinne des schuldhaften Nichtwissens³⁴⁵ als Reduktionsgrund oder als Haftungsausschließungsgrund in Betracht falle, dürfen wir nicht allein auf den Wortlaut der Normen über die negative Interessehaftung abstellen³⁴⁶; denn dieser könnte sowieso nur hinsichtlich der betreffenden Normen maßgebend sein. Vielmehr müssen wir davon ausgehen, daß das Vertrauen der schlechtgläubigen Partei nicht berechtigt sein kann. Haftbar wird aber nur diejenige Partei, die das berechtigte Vertrauen

³⁴³ Besonderheiten hinsichtlich des Verschuldens: a. Haftung ohne Verschulden: Kaufvertrag: OR 195/I und 208/II. Werden die Bestimmungen über die Entwehrung und die Wandelung auf die Gewährleistung in anderen Verträgen analog angewendet, so treten nur die entsprechenden Schadenersatzfolgen für Verschulden ein (OR 195/II und 208/III) (vgl. vorn S. 222 N 289). b. Haftung nur für Absicht und grobe Fahrlässigkeit: Schenkung: OR 248 (vgl. vorn § 9/II/B/2/b/aa/aaa/eeee).

³⁴⁴ vgl. Oser Art. 375 N 6.

³⁴⁵ Im Falle des Wissens erhebt sich die Frage der negativen Interessehaftung sowieso nicht.

³⁴⁶ vgl. OR. 26, 39/I, II, 29/II, 36/II, ZGB 411/II; BGB § 122/II, 179/III, 307/I.

der Gegenpartei erweckt und täuscht; denn nur insofern handelt sie widerrechtlich. Also bedeutet der Mangel der Gutgläubigkeit einen Haftungsausschließungsgrund.

Freilich finden die allgemeinen Haftungsgrundsätze auch auf die negative Interessehaftung Anwendung; denn das negative Interesse ist ein Schaden wie irgendein anderer³⁴⁷. Nun wird aber auch der andere Gesichtspunkt, derjenige des Vertrauensschutzes, maßgebend. Es verhält sich hier nicht so wie bei der Schädigung durch Verletzung einer vertraglichen oder einer anderen außervertraglichen Pflicht, wo dieser Verstoß ohne Rücksicht auf das Verhalten der geschädigten Partei gegeben ist. Trifft im Falle des negativen Interesses den Geschädigten selber ein Verschulden, so fehlt es auf der Gegenseite an der Widerrechtlichkeit. Der Umstand, daß sich sowohl die Literatur wie die Judikatur in diesem Fall fast durchwegs nur für eine Herabsetzung der Schadenersatzsumme ausspricht, ergibt sich ohne weiteres daraus, daß auch die Vertreter jener Ansicht, die negative Interessehaftung sei eine solche aus unerlaubter Handlung, die Widerrechtlichkeit doch nicht in der Vertrauens-erweckung und -täuschung erblicken³⁴⁸.

Wenn jedoch die Bösgläubigkeit des Geschädigten erst in einem Zeitpunkt eingetreten ist, in dem bereits ein Schaden entstanden ist und der Geschädigte also nur den später eintretenden Schaden hätte vermeiden können, so trifft ihn ein Mitverschulden hinsichtlich des ganzen Schadens³⁴⁹. Es wird aber nicht in dem Sinne berücksichtigt, daß der Ersatz des vollen Schadens entsprechend herabgesetzt würde, sondern den Schaden, den der Geschädigte sich selbst zuzuschreiben hat, muß er allein tragen, während der übrige Schaden von der Gegenpartei allein zu ersetzen ist, sofern sie schuldhaft ist, wenn das Verschulden überhaupt vorausgesetzt ist. Es gibt also weder ein Mitverschulden hinsichtlich desjenigen Schadens, der durch

³⁴⁷ vgl. vorn § 2/II, § 4/II/B.

³⁴⁸ vgl. Herz 61/62; Scherrer 35 ff.; Fick Art. 39 N 9; BGE 27 II 210; BIZR 2, Nr. 122.

³⁴⁹ Der Geschädigte erkennt den Vertragsmangel oder sollte ihn unter den veränderten Umständen erkennen, sein Vertrauen besteht nicht mehr oder ist nicht mehr berechtigt, auch wenn er z. B. noch unentschlossen ist, ob er den Vertrag anfechten wolle oder nicht.

Vertrauenserweckung und -täuschung entstanden ist, noch bezüglich des später eingetretenen Schadens.

Daraus geht hervor, daß zwar die Gutgläubigkeit eine typische, aber auch eine selbstverständliche Voraussetzung der negativen Interessehaftung ist und nicht zur Voraussetzung des schädigenden, widerrechtlichen Verhaltens hinzutritt. Die folgenden Betrachtungen werden zeigen, daß für einen Schadenersatzanspruch das gleichzeitige Vorhandensein des Verschuldens einerseits und der Gutgläubigkeit anderseits erforderlich ist.

B. Besonderheiten im Zusammenhang mit der Voraussetzung des Verschuldens

Während sonst die Antwort auf die Frage, ob jemand schadenersatzpflichtig sei, unter der Herrschaft des Verschuldensprinzips lediglich davon abhängt, ob die betreffende Partei ein Verschulden trifft oder nicht, so muß hier präzisiert werden. Der auf Grund des Kausalzusammenhangs errechnete Schaden muß immer nur soweit ersetzt werden, als den Ersatzpflichtigen ein Verschulden trifft. Dieses braucht sich nun aber im Falle des negativen Interesses nicht auf denselben Schaden zu erstrecken wie die Widerrechtlichkeit. Es geht also nicht nur um die Frage, ob ihn ein Verschulden trifft oder nicht, sondern auch um die Frage, inwieweit sich dieses auf Grund der Besonderheit des schädigenden Verhaltens mit diesem deckt. Die Vertrauens-erweckung und -täuschung ist ein andauerndes widerrechtliches Verhalten, so daß das Verschulden nicht vom Beginn dieses Verhaltens an vorhanden zu sein braucht. Wenn das Verschulden eintritt, dann ist es allerdings undenkbar, daß es hinsichtlich eines Teils des in der Folge durch widerrechtliches Verhalten entstandenen Schadens fehlte. Wenn eine Partei für einen Schaden infolge Vertrauens-erweckung und -täuschung ersatzpflichtig wird, so kann sie ihrerseits für keinen später eintretenden Vertrauensschaden mehr ersatzberechtigt werden. Wäre es möglich, daß nicht nur eine gutgläubige Partei schuldhaft werden könnte, sondern auch, daß eine schuldhafte später gutgläubig sein könnte, wenn also auf der einen Seite Gutgläubigkeit,

auf der anderen Verschulden vorliegen und im darauf folgenden Zeitabschnitt das Umgekehrte zutreffen könnte, so wäre es denkbar, daß auf beiden Seiten in berechtigtem Vertrauen Schaden entstünde. Es kann aber höchstens gleichzeitig auf beiden Seiten Gutgläubigkeit vorliegen. Es muß also auf beiden Seiten geprüft werden, wann das Verschulden beginnt, und nur dann, wenn auf der einen Seite das Verschulden vorher eintritt als auf der anderen oder auf dieser das Verschulden überhaupt nicht eintritt, sind die Voraussetzungen eines Schadenersatzanspruchs gegeben.

II. Umfang des negativen Interesses und dessen Ersatzes

A. Grenze des Vertrauensschutzes in der Anerkennung der Berechtigung des Vertrauens

In der Statuierung der Widerrechtlichkeit der Erweckung und Täuschung eines Vertrauens³⁵⁰ liegt die Anerkennung der Berechtigung dieses Vertrauens durch das Recht; die Statuierung der Widerrechtlichkeit ist aber die Folge dieser Anerkennung, diese ist das Motiv. Insoweit der Gesetzgeber das Vertrauen als berechtigt erachtet, erklärt er dessen Erweckung und Täuschung als widerrechtlich und schützt es damit. Die Frage nach dem Umfang des negativen Interesses in einem konkreten Fall ist also zunächst eine Frage des Umfangs der Vertrauensberechtigung.

B. Auswirkungen der Besonderheiten der Voraussetzungen der negativen Interessehaftung

1. Gutgläubigkeit

Die Widerrechtlichkeit der Vertrauenserweckung und -täuschung kann nur im Falle der Gutgläubigkeit gegeben sein.

³⁵⁰ Welches Vertrauen geschützt wird, darüber vgl. vorn § 8/II/A und § 9/I/A.

Fehlt es an der Voraussetzung der Gutgläubigkeit, so kommt eine Haftung von vornherein nicht in Betracht. Die Gut- oder die Schlechtgläubigkeit ist also nur hinsichtlich der Frage nach dem Ob der negativen Interessehaftung von Bedeutung, nicht aber hinsichtlich des Umfangs des Ersatzes eines infolge von Vertrauenserweckung und -täuschung entstandenen Schadens.

2. Verschulden

Der vom Recht gewährte Vertrauensschutz knüpft an die Voraussetzung des Verschuldens auf seiten des Ersatzpflichtigen an. Voller Schadenersatz kommt nur dann in Betracht, wenn hinsichtlich des ganzen im berechtigten Vertrauen entstandenen Schadens Verschulden vorliegt.

C. Verhältnis des negativen Interesseersatzes zum positiven Interesseersatz

Beim Vergleich des negativen Interesses mit dem positiven Interesse muß dem Umstand Rechnung getragen werden, daß mit dem Ersatz des Schadens im Betrage des entgangenen Gewinns im Falle des positiven Interesseersatzes auch der positive Schaden als Bestandteil des negativen Interesses ersetzt wird. (Ausgenommen sind dabei die Aufwendungen als Folge der Nichterfüllung, die auch einen Bestandteil des negativen Interesses bilden, dagegen den positiven Schaden des Erfüllungsinteresses ausmachen.) Aus diesem Grunde dürfen zur Erkenntnis des Verhältnisses des negativen Interesses zum positiven Interesse die beiden nicht als Summen des positiven Schadens und des entgangenen Gewinns einander gegenübergestellt werden. Nun sind aber bei der Berechnung des positiven Interesses zum Zwecke dieses Vergleichs nicht die zur Erfüllung notwendigen Aufwendungen zu berücksichtigen, sondern die tatsächlich gemachten, was aber unwillkürlich dann geschieht, wenn untersucht wird, wieviel dem Ersatzberechtigten zu ersetzen ist, damit ihm der betreffende Gewinn zufällt, oder wenn bei der Berechnung vom Wert der vom Schuldner versprochenen

Leistung ausgegangen wird³⁵¹. Sonst wäre es denkbar, daß im Falle einer Beschränkung des negativen Interesseersatzes auf die Höhe des positiven³⁵² zwei Ersatzberechtigte unter denselben Verhältnissen, abgesehen von den Aufwendungen, gleich viel erhielten, obwohl der eine mehr Aufwendungen gehabt hätte als der andere.

Ist das negative Interesse als Folge der Verletzung einer vertraglichen Pflicht zu ersetzen, dann umfaßt es allen Schaden, der dadurch entstanden ist, daß vom Vertrag überhaupt die Rede gewesen ist; das negative Interesse übersteigt insofern also immer dann das positive, wenn ein günstigeres Geschäft als das vorliegende hätte abgeschlossen werden können. Wenn dagegen das mit der Vertrauenserweckung und -täuschung in Kausalzusammenhang stehende negative Interesse zu ersetzen ist, dann übersteigt das negative Interesse unter der genannten Voraussetzung nicht immer das positive, und wenn es das positive übersteigt, so braucht es dieses auch nicht um den Betrag zu übersteigen, um den dieser anderweitige Gewinn höher ist als der des vorliegenden Geschäfts³⁵³. Dieser Umstand hat aber im Falle der Befürwortung der Beschränkung des negativen Interesseersatzes keine Auswirkungen; denn eine Herabsetzung bis unter die Höhe des positiven Interesseersatzes findet auf keinen Fall statt³⁵⁴. Andererseits steht ein für allemal soviel fest: Nur dann kann das negative das positive Interesse überhaupt übersteigen, wenn ein anderes, günstigeres Geschäft hätte abgeschlossen werden können, so daß sich die Frage der Herabsetzung immer nur unter dieser Bedingung erhebt.

Unser Gesetzgeber hat die ausdrückliche Beschränkung des negativen Interesseersatzes auf die Höhe des positiven abgelehnt³⁵⁵. Es stellt sich daher die Frage, ob man auf dem Wege der Auslegung der Normen über die negative Interessehaftung schlechtweg oder nur hinsichtlich eines bestimmten Falles der

³⁵¹ vgl. vorn S. 226/227 und hinten § 10/III/A/1/a/aa.

³⁵² vgl. hinten C/2.

³⁵³ Das Vertrauen braucht nicht hinsichtlich des ganzen positiven Schadens berechtigt zu sein (vgl. vorn § 10/I/A/und II/A).

³⁵⁴ vgl. hinten C/2.

³⁵⁵ Sitzungsprotokoll der Expertenkommission O. R. I vom 4. Mai 1908, S. 3; anders im BGB §§ 122, 179, 307.

negativen Interessehaftung ein für allemal oder gar nur je nach den Umständen zu einer solchen Beschränkung gelangen könne.

Wir müssen davon ausgehen, daß es sich hier um ein Problem der Schadenersatzbemessung handelt. Der Schaden, der infolge der Vertrauenserweckung und -täuschung entstanden ist, kann, berechnet auf Grund des adäquaten Kausalzusammenhangs, durchaus über das positive Interesse hinausgehen. Adäquat kann nicht nur der positive Schaden sein, sondern auch der Schaden, der auf den Umstand zurückzuführen ist, daß der Geschädigte die Gelegenheit zum Abschluß eines günstigeren Geschäfts hat vorbeigehen lassen, allerdings nur unter der Voraussetzung, daß dieser günstigere Vertrag auch tatsächlich abgeschlossen worden wäre, wenn diese Vertrauenserweckung und -täuschung nicht stattgefunden hätte. Der Nachteil, der dem Geschädigten aus dem Abschluß des ungünstigeren vorliegenden Geschäfts erwächst, wäre zwar nicht entstanden, wenn die Vertrauenserweckung und -täuschung nicht stattgefunden hätte. Er wäre aber auch nicht entstanden, wenn der Ersatzberechtigte den Fehler nicht begangen hätte, dieses ungünstigere Geschäft abzuschließen. Daraus geht hervor, daß der auf diese Weise berechnete Schaden zur Vertrauenserweckung und -täuschung zwar adäquat ist, daß aber hinsichtlich jenes Teils des Schadens, an dem den Geschädigten ein Mitverschulden trifft, Ursachenkonkurrenz besteht. Haben wir bis jetzt das Mitverschulden im Sinne der Schlechtgläubigkeit als Haftungsausschließungsgrund kennengelernt, weil in den betreffenden Fällen die Voraussetzung der Widerrechtlichkeit gar nicht gegeben ist, so kann es hier nur als Reduktionsgrund in Betracht fallen, weil dieses Selbstverschulden das mißbilligte Verhalten der Gegenpartei nicht berührt. Wir kommen also zum Schluß, daß grundsätzlich das richterliche Ermessen darüber entscheiden muß, ob und gegebenenfalls inwieweit derjenige Teil des negativen Interesses, um den dieses das positive übersteigt, ersetzt werde; denn es handelt sich dabei nicht um eine Frage der Schadensberechnung, sondern um eine solche der Schadenersatzbemessung³⁵⁶. Aufgabe der Wissenschaft ist es

³⁵⁶ vgl. hinten § 10/III/B.

nun aber, Grundsätze für die Lösung dieser Frage herauszuarbeiten.

1. Ablehnung der Beschränkung

a. Absichtliche Täuschung (*dolus causam dantis*).

Mit der Unterscheidung zwischen jenen Fällen, in denen der Grund der Unwirksamkeit des Vertrages keinen Einfluß hat auf die Größe der Leistung des Schadenersatzberechtigten und dem Fall des Irrtums, wo der schuldhaft Irrende durch seinen Irrtum eine höhere Leistung versprochen hat, als er versprochen hätte, wenn er sich nicht im Irrtum befunden hätte, ist soviel wie nichts gewonnen³⁵⁷. Ganz abgesehen davon, daß der Fall undenkbar ist, wo der Gegner des Irrenden den Irrtum schuldhafterweise nicht gekannt hat, weil in diesem Fall ein Irrtum gar nicht vorliegt, so ist auch für den Fall, daß ein Vertragsmangel auf die Größe der versprochenen Leistung des Schadenersatzberechtigten einwirkt, mit jener Erkenntnis die Frage der Beschränkung der negativen Interessehaftung nicht gelöst; denn auch wenn insofern nicht die Beschränkung auf den Ersatz desjenigen Interesses stattfinden sollte, das der Ersatzberechtigte an der Erfüllung des Vertrages, so wie er abgeschlossen worden ist, hätte, sondern auf jenes Interesse, das er an der Erfüllung desjenigen Vertrages gehabt hätte, in welchem er eine entsprechend niedrigere Leistung versprochen hätte oder eine entsprechend höhere Leistung sich hätte versprechen lassen, so würde doch wieder die Frage entstehen, ob der negative Interesseersatz auf die Höhe dieses hypothetischen positiven Interesses stattfinden sollte. Es handelte sich also auf jeden Fall nur um eine Verlagerung des Problems. In welchem Fall soll das nun aber zutreffen, daß der Vertragsmangel die Größe der versprochenen Leistung des Ersatzberechtigten, bzw. die Größe der geforderten Gegenleistung beeinflusst und für die Begrenzung des negativen Interesseersatzes nicht auf die Höhe desjenigen Interesses abgestellt werden kann,

³⁵⁷ vgl. Scherrer 72 ff.

das der Berechtigte an der Erfüllung des abgeschlossenen Vertrages gehabt hätte? Diese Frage kann sich überhaupt nur hinsichtlich des Irrtums und der absichtlichen Täuschung stellen. Im Falle des Irrtums kommt aber nur die Ersatzpflicht des Irrenden in Betracht, weil der Gegner gutgläubig sein muß, damit überhaupt ein Irrtum vorliegt. Dieser Vertragsmangel kann aber auf die Höhe der Leistung des Anfechtungsgegners, bzw. auf den Betrag der versprochenen Gegenleistung zu seinen Ungunsten keinen Einfluß haben³⁵⁸.

Der Vertragsabschluß zu anderen als den eigentlich gewollten Bedingungen ist auf seiten des auf Ersatz des negativen Interesses Anspruchsberechtigten allein im Falle des Vertragsmangels der absichtlichen Täuschung möglich. In diesem Fall müßte, falls die Beschränkung des negativen Interesseersatzes auf die Höhe des positiven überhaupt zu bejahen wäre, der Ersatz des hypothetischen Erfüllungsinteresses als maximale Grenze des Schadenersatzes gelten. Was nun aber die Frage dieser Beschränkung anbelangt, so muß unterschieden werden zwischen dem Fall des *dolus causam dans* und dem des *dolus causam incidens*. Für jenen Fall kann man sich nun nicht auf den Standpunkt stellen, dem Ersatzberechtigten dürfe aus dem Grunde nicht mehr zukommen, als er sich unter der Erfüllung vorgestellt, was er selber gewünscht hat, weil er keinen Vorteil daraus ziehen soll, daß der Vertrag wegen absichtlicher Täuschung dahinfällt, habe er doch dieses ungünstigere Geschäft abgeschlossen. Für diesen Fall kann daher die Beschränkung des negativen Interesseersatzes auf die Höhe des positiven ein für allemal nicht anerkannt werden^{359 360}.

b. Doloses Verhalten des zum Schadenersatz Verpflichteten.

Wenn sich z. B. der Anfechtende auf den Vertragsmangel beruft in der Absicht, der Gegenpartei damit einen Schaden

³⁵⁸ Insoweit sich der Irrtum zugunsten des Anfechtungsgegners auswirkt, kann andererseits keine Reduktion des Erfüllungsinteresses stattfinden.

³⁵⁹ vgl. hinten § 12/I/B/1/a.

³⁶⁰ Für den Fall des *dolus causam incidens*: vgl. hinten C/2/b/bb/aaa.

zuzufügen, der das Erfüllungsinteresse übersteigt, so ist die fragliche Beschränkung nicht gerechtfertigt³⁶¹.

Weder in diesem noch im eben behandelten Fall besteht eine positivrechtliche Bindung des Richters. Es wäre daher zu wünschen, es würde, wie das im BGB (§§ 122, 179, 307) allgemein geschehen ist, eine entsprechende Bestimmung für diesen Fall in unser Recht aufgenommen³⁶².

2. Befürwortung der Beschränkung

In allen übrigen Fällen der negativen Interessehaftung kann nicht schlechtweg jene Beschränkung abgelehnt werden. Es ist nun aber zu untersuchen, ob der Richter hinsichtlich dieser Fälle oder hinsichtlich eines bestimmten Falles diese Beschränkung ein für allemal vornehmen müsse oder ob das richterliche Ermessen über die Anwendung dieser Beschränkung entscheiden könne. Insofern wäre es dann unsere Aufgabe festzustellen, in welchen Fällen der Richter sie durchführen soll, in welchen nicht³⁶³.

a. Auf Grund der Auslegung der Normen über die negative Interessehaftung.

aa. Relative Nichtigkeit (Einseitige Unverbindlichkeit).

Unsere Rechtsordnung gibt dem Irrenden, dem Getäuschten und dem Bedrohten das Recht, den Vertrag nachträglich zum Fall zu bringen. Wenn nun der Ersatz des negativen Interesses gegebenenfalls nicht im genannten Sinn herabgesetzt würde, so würde das Anfechtungsrecht³⁶⁴ im Falle des Irrtums und der Drohung seitens eines Dritten insofern illusorisch, als das negative das positive Interesse übersteigt³⁶⁵. Auf Grund

³⁶¹ Das Entsprechende ist denkbar im Falle der Nichtigkeit: vgl. z. B. vorn § 9/I/B/1/z/aa/aaa/aaaa.

³⁶² vgl. hinten § 12/I/B/1/b.

³⁶³ vgl. Scherrer 72 ff.; Brock 207; Tuhr: Ueber die Mängel des Vertragsabschlusses nach schweizerischem Obligationenrecht, ZSR 16, 20/21.

³⁶⁴ vgl. vorn S. 151 N. 115.

³⁶⁵ Im Falle der absichtlichen Täuschung ist der Anfechtende zugleich berechtigt hinsichtlich des Schadenersatzes.

des positiven Rechts ergibt sich somit im vornherein die Notwendigkeit jener Beschränkung.

Für die Annahme der positivrechtlichen Beschränkung spricht aber auch der Umstand, daß, wenn der Gesetzgeber sich darüber im klaren gewesen wäre, daß das negative Interesse kein notwendig beschränkter Schaden ist, er die fragliche Beschränkung vorgesehen hätte; denn er hat in Würdigung der sich widerstreitenden Interessen eine Mittellösung gewählt: der Geschädigte soll nicht sowohl dessen verlustig gehen, was er im Falle der Wirksamkeit des Vertrages gehabt hätte, als auch infolge der Vertrauenserweckung und -täuschung Schaden erleiden. Aus diesem Grunde hat er einerseits das Anfechtungsrecht gegeben, anderseits jedoch den Anfechtenden zum Ersatz des negativen Interesses verpflichtet. Weil er jedoch das negative Interesse für einen stets beschränkten Schaden hielt, so erwähnte er nichts von einer solchen Beschränkung.

Ist der positive Schaden, der im Falle der Erfüllung des Vertrages entstanden wäre, noch nicht in vollem Umfang eingetreten, so muß die betreffende Differenz bei der Berechnung des Erfüllungsinteresses berücksichtigt werden³⁶⁶.

bb. Negative Interessehaftung als Folge der Verletzung einer vertraglichen Pflicht.

Unser Gesetzgeber ist bei der Statuierung der negativen Interessehaftung im Falle der Verletzung einer vertraglichen Pflicht von der falschen Vorstellung ausgegangen, daß bei der Berechnung des negativen Interesses ein Faktor wirksam werde, der die Beschränkung gegenüber dem positiven Interesse stets herbeiführe. Darum hat er dem zurücktretenden Gläubiger den Ersatz des negativen Interesses zugesprochen: Der Gläubiger, der sich statt für das Festhalten am Vertrag und dem Anspruch auf Ersatz des positiven Interesses für den Rücktritt und damit für die Befreiung von der eigenen Leistungspflicht entscheidet, soll nur den Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses

³⁶⁶ vgl. vorn § 10/II/C Einleitung.

haben. Der Gesetzgeber hat dabei jene Fälle, in denen das negative Interesse das positive übersteigt, nicht berücksichtigt. Weil er aber einen beschränkten Schadenersatz für den Fall des Rücktritts im Auge hat, darum darf der negative Interesseersatz niemals den Betrag des positiven übersteigen. Dieser beschränkte Schadenersatz ist aber auch durchaus gerechtfertigt³⁶⁷.

Wir gelangen also für den Fall der negativen Interessehaftung als Folge der Verletzung einer vertraglichen Pflicht zum Ergebnis, daß sich die fragliche Beschränkung auf Grund des positiven Rechts ergibt.

b. Unter dem Gesichtspunkt der Gerechtigkeit.

aa. Nichtigkeit.

Aus dem positiven Recht läßt sich in diesem Falle die in Frage stehende Beschränkung des negativen Interesseersatzes nicht ableiten. Dagegen muß sie vom Standpunkt der Gerechtigkeit aus gefordert werden: Der Geschädigte hat nun einmal das vorliegende Geschäft abgeschlossen; wenn er nachträglich feststellen muß, daß er ein anderes, günstigeres Geschäft hätte abschließen können, so wäre es nicht gerecht, wenn ihm das Dahinfallen des Vertrages zugute käme, wenn dieses gleichsam den durch ihn begangenen Fehler heilte. Freilich ist der Vertrag nichtig und kann daher der Vertrag gar nicht rechtsgültig erfüllt werden. Maßgebend ist aber das Moment, daß der Geschädigte sich dazu bereit erklärt hat, den Vertrag abzuschließen, und daß er aus diesem Grunde dieses andere Geschäft nicht abgeschlossen hat. Eine weitergehende Herabsetzung in dem Fall, wo das negative Interesse das positive um weniger als den Betrag übersteigt, um den der Gewinn, der durch Abschluß eines anderen Geschäftes hätte erzielt werden können, größer ist als der des vorliegenden³⁶⁸, wäre jedoch nicht gerechtfertigt. Dagegen muß darauf Rücksicht genommen werden, inwieweit die zum Zwecke der Erfüllung erforderlichen Auf-

³⁶⁷ vgl. vorn § 9/II/A.

³⁶⁸ vgl. vorn § 10/II/C Einleitung.

wendungen bereits gemacht worden sind. Diese Verminderung erweist sich auch unter dem Gesichtspunkt der Vorteilsanrechnung als notwendig³⁶⁹. Das betrifft aber die Berechnung des Erfüllungsinteresses³⁷⁰.

Auch hier sollte nach meinem Dafürhalten eine positivrechtliche Bestimmung Platz greifen³⁷¹.

bb. Relative Nichtigkeit (Einseitige Unverbindlichkeit).

aaa. Absichtliche Täuschung (dolus causam incidens).

Im Falle des dolus causam incidens³⁷² muß nun die Ueberlegung angestellt werden, daß, wenn das negative Interesse das positive übersteigt, der Ersatzberechtigte aus dem Grunde nicht mehr als soviel erhalten soll, als was er sich vorgestellt, was er selber gewünscht hat, weil er nun einmal dieses ungünstigere Geschäft abgeschlossen hat und nun nicht einen Vorteil daraus ziehen soll, daß der Vertrag wegen absichtlicher Täuschung nachträglich dahinfällt.

bbb. Dolose's Verhalten des hinsichtlich des Schadenersatzes berechtigten Anfechtungsgegners.

Wenn der Anfechtende erst im Laufe des Schadenersatzprozesses die wahre Größe des negativen Interesses feststellt und nun doch den Vertrag gelten lassen will, der Anfechtungsgegner sich aber nicht darauf einlassen will, so handelt dieser dolos, so daß das negative Interesse von vorneherein nur bis höchstens zum Betrag des positiven Interesseersatzes ersetzt werden sollte³⁷³. Im Falle der relativen Nichtigkeit³⁷⁴ ergibt sich

³⁶⁹ vgl. hinten § 10/III/A/1/b.

³⁷⁰ vgl. vorn § 10/II/C Einleitung.

³⁷¹ vgl. hinten § 12/I/B/2/a.

³⁷² Ueber den dolus causam dans: vgl. vorn C/1/a.

³⁷³ vgl. Tuhr: Ueber die Mängel des Vertragsabschlusses nach schweizerischem Obligationenrecht, ZSR 16, 21.

³⁷⁴ Mit Ausnahme der absichtlichen Täuschung und der Drohung durch den Anfechtungsgegner, in welchem letzterem Falle von einer negativen Interessehaftung gar nicht die Rede sein kann (vgl. vorn § 9/I/B/1/b/aa/aaa).

aber bereits auf Grund des positiven Rechts diese Beschränkung³⁷⁵.

cc. Nichtzustandekommen sein und
Nichtzustandekommen³⁷⁶ des Ver-
trages.

In diesen Fällen ist aus demselben Grund wie bei der Nichtigkeit die Beschränkung des negativen Interesseersatzes auf die Höhe des positiven zu bejahen.

In den gewonnenen Ergebnissen liegt die eingehendere Begründung für die Entscheidung der Frage der Spekulationsmöglichkeit auf Grund von OR 107/II und OR 31/I³⁷⁷.

Diesen Ausführungen ist zu entnehmen, daß, wenn immer der negative Interesseersatz auf die Höhe des positiven beschränkt wird, das Erfüllungsinteresse als rechnerische Größe herangezogen werden muß, mit anderen Worten, daß der Bestand der negativen Interessehaftung trotz deren Beschränkung auf den Betrag des positiven Interesseersatzes davon nicht berührt wird, wenn die Erfüllung überhaupt nicht oder nicht mehr verlangt werden kann. Aus diesem Grunde ist es nicht richtig, wenn Scherrer in folgenden Fällen den Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses ablehnt:

- 1) Da der Schenkgeber nach OR 248/I dem Beschenkten unter der Voraussetzung der Gültigkeit des Vertrages nur für Absicht und grobe Fahrlässigkeit haftet, so frage es sich, ob er im Falle der Unwirksamkeit des Vertrages auch nur für grobe oder aber auch für leichte Fahrlässigkeit einzustehen habe. Scherrer erklärt nun, daß zwar auch bei leichter Fahrlässigkeit gehaftet werde, daß aber der Richter mit Rücksicht auf die Unentgeltlichkeit der Leistung des Schenkgebers bei der Beurteilung der Frage, ob leichte Fahrlässigkeit gegeben sei oder nicht, weniger streng als sonst verfahren könne. Dann aber weist er auf einen viel einfacheren und nach seinem Dafürhalten richtigen Weg hin: man könne sich einfach fragen, wie groß das positive

³⁷⁵ vgl. vorn C/2/a/aa.

³⁷⁶ vgl. hinten § 12/I/A/1.

³⁷⁷ vgl. vorn § 9/II/A und § 9/I/B/1/b/bb/bbb.

Interesse sei, und wenn dieses Null sei, weil ein vertragliches Haftungserfordernis fehle, so tue es nichts zur Sache, wenn im Fall des ungültigen Schenkungsvertrages der Schenkgeber nach OR 41 auch für leichte Fahrlässigkeit hafte; denn die Klage müsse sowieso abgewiesen werden, weil das negative Interesse nur bis zur Höhe des positiven Interesseersatzes ersetzt werde³⁷⁸.

Die Frage, ob der negative Interesseersatz zu leisten sei, ist unabhängig davon zu prüfen, ob das Erfüllungsinteresse ersetzt werden müßte. Dagegen wird der positive Interesseersatz für die Frage, inwieweit das negative Interesse zu ersetzen sei, herangezogen.

- 2) Demselben Fehler begegnen wir bei Scherrer in dem Fall, wo die vertragliche Forderung bereits verjährt ist, dagegen nicht die deliktische (OR 60/I und OR 128)³⁷⁹.

III. Berechnung und Ersatz des negativen Interesses

A. Berechnung des negativen Interesses

1. Trennung der Schadensposten des negativen Interesses von denen des positiven Interesses auf Grund des verschiedenen schädigenden Verhaltens

Die Abgrenzung der Schadensposten des einen Interesses von denen des andern ist ein für allemal möglich, da sie sich aus der Trennung der beiden schädigenden Verhalten unter Anwendung der Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang ergibt.

a. Schadensposten des positiven und des negativen Interesses.

aa. Schadensposten des positiven Interesses als Folge einer Vertragsverletzung.

Das positive Interesse besteht im Unterschied zwischen der

³⁷⁸ vgl. Scherrer 74/75.

³⁷⁹ vgl. Scherrer 75/76.

nunmehr (im Zeitpunkt des Urteils)³⁸⁰ bestehenden Vermögenslage des Gläubigers und derjenigen, wie sie ohne dieses schädigende Verhalten der Vertragsverletzung wäre, wobei aber nur der mit der Nichterfüllung, bzw. der nicht gehörigen Erfüllung³⁸¹ im adäquaten Kausalzusammenhang stehende Schaden berücksichtigt wird³⁸². Außer Betracht fällt damit einerseits derjenige Schaden, welcher zwar ohne die Nichterfüllung nicht denkbar wäre, der aber nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der Erfahrung des Lebens durch dieses schädigende Verhalten nicht eingetreten wäre, anderseits aber vor allem auch der Schaden, der durch den Abschluß des Vertrages verursacht worden ist, d. h. also derjenige Schaden, der sowieso, auch im Falle der Erfüllung, eingetreten wäre³⁸³. Das bedeutet aber nur, daß diese Aufwendungen nicht neben dem Ersatz des Schadens, der infolge des Entganges des Gewinns entstanden ist, ausgeglichen werden. Der Schadenersatzpflichtige kann aber diesen letzteren Schaden nur dadurch ersetzen, daß er soviel leistet, daß dem Geschädigten trotz dieser Aufwendungen der betreffende Gewinn zufällt; denn diesen Gewinn hätte er gemacht, wenn der Vertrag erfüllt worden wäre und er alle diese Aufwendungen gehabt hätte. Mit Rücksicht auf den Umstand, daß der Gläubiger die eigene Leistung erbringen muß³⁸⁴, wird ihm dieser Schaden infolge Entganges des Gewinns praktisch dadurch ersetzt, daß er den Wert der Leistung des Schuldners erhält^{385 386}. Dazu kommt gegebenenfalls ein infolge der Nichterfüllung entstandener positiver Schaden³⁸⁷. Aus diesem Grunde bildet nicht die Summe des positiven Schadens infolge der Nicht-

³⁸⁰ vgl. hinten A/2.

³⁸¹ Dort, wo die Frage des Verhältnisses des negativen Interesses zum positiven Interesse praktisch wird, ist nur vom positiven Interesse als Folge der Nichterfüllung die Rede (vgl. vorn § 2/I).

³⁸² vgl. BGE 49 II 28.

³⁸³ vgl. Lemp 151; BGE 25 II 782; 29 II 517; 41 II 681; 44 II 507.

³⁸⁴ Inwieweit dieser Grundsatz nicht zutrifft: vgl. vorn § 9/II/A.

³⁸⁵ vgl. vorn S. 226/227.

³⁸⁶ Ueber die Vorteilsanrechnung: vgl. hinten 1/b/aa.

³⁸⁷ vgl. BGE 25 II 67, 784; 27 II 212; 30 II 425; 33 II 59; 40 II 143; 49 II 28; SJZ 24, 282 (Nr. 247). Nicht darunter fallen dagegen Kosten des Aufsuchens einer neuen Gelegenheit zum Vertragsabschluß und die Kosten eines solchen; denn der aus diesem anderen Geschäft gezogene Gewinn, der in Rechnung gestellt wird, berücksichtigt diesen positiven Schaden (a. M. Lemp 152; BGE 39 II 475; Semjud 41, 320).

erfüllung und des Betrages des entgangenen Gewinns das positive Interesse, sondern die Summe aus diesem positiven Schaden und der Leistung des Schuldners, die für den Gläubiger tatsächlich diesen Gewinn bedeutet und die verschieden groß ist, je nachdem, ob der Gläubiger die eigene Leistung erbringen muß oder nicht. Am einfachsten ist es aber, in jedem Fall vom Wert der vom Schuldner versprochenen Leistung auszugehen³⁸⁸.

bb. Schadensposten des negativen Interesses als Folge einer Vertrauens-erweckung und -täuschung.

Wir haben eindeutig feststellen können, worin das schädigende Verhalten, das zur negativen Interessehaftung führt, besteht. Aus diesem Grunde kann man nicht sagen, der Richter sei insofern in Gefahr, sich durch die beim Dahinfallen des Vertrages stets auch vorliegende Nichterfüllung verwirren zu lassen. Jedenfalls ist die Auffassung nicht gerechtfertigt, wonach die Feststellung des negativen Interesses in praxi eine so subtile Erwägung des Kausalzusammenhangs voraussetze, daß sie an den Richter übermäßige Anforderungen stelle. Sie ist nicht erheblich schwieriger als die Bestimmung jedes anderen Schadens, wenn auch bei der Feststellung dessen, was die Vertragspartei getan hätte, wenn die Vertrauens-erweckung und -täuschung nicht stattgefunden hätte, unter Umständen etwelche Schwierigkeiten auftreten können³⁸⁹.

Auch für das negative Interesse könnte niemals auch nur eine einigermaßen abschließende Aufzählung der Schadensposten gegeben werden. Bald ist dieser, bald jener Schaden mit dem schädigenden Verhalten kausal verbunden. Andererseits begegnen uns bei der Berechnung des negativen Interesses doch immer wieder bestimmte Schadensposten. Ihre Berechnung ist nicht so einfach wie die der Schadensposten des positiven In-

³⁸⁸ Der Wert dieser Leistung kann auch durch den Beweis des Gläubigers bestimmt werden, daß er mit ihr ein anderes Geschäft hätte abschließen können und auch tatsächlich abgeschlossen hätte.

³⁸⁹ vgl. Scherrer 56/57.

teresses, wo die Feststellung des Wertes der Leistung des Schuldners im Vordergrund steht.

aaa. Positiver Schaden.

aaaa. Kosten des Vertragsabschlusses und Beginn der Berechtigung des Vertrauens.

Da unser Recht nur das Vertrauen in die Wirksamkeit, bzw. darauf schützt, daß der Vertrag zustande gekommen sei³⁹⁰, so können auch nur jene Kosten zum negativen Interesse gehören, die in diesem Vertrauen gemacht worden sind. Aus diesem Grunde können nicht alle Kosten des Vertragsschlusses zum negativen Interesse gerechnet werden, so vor allem diejenigen nicht, die vor dem Augenblick der Perfektion des Vertrages entstanden sind. Der Umstand, daß es durchaus gerechtfertigt wäre, schlechtweg die Kosten des Vertragsabschlusses als Bestandteile des negativen Interesses zu betrachten³⁹¹, vermag sich nur rechtspolitisch Beachtung zu verschaffen³⁹². Kosten, die nun unmittelbar im Zusammenhang mit dem Vertragsabschluß entstanden sind³⁹³, müssen allerdings auch dann zum negativen Interesse gerechnet werden, wenn sie vor dem Zustandekommen des Vertrages liegen; denn das Vertrauen, in dem diese Aufwendungen gemacht werden, muß als berechtigt erachtet werden. Im übrigen aber können Kosten, die vor Vertragsschluß entstanden sind, nicht berücksichtigt werden; abgesehen davon, daß es unbillig wäre, wenn der Schadenersatzpflichtige umso mehr Schadenersatz zu leisten hätte, je gewagter sein Gegenkontrahent im Vertrauen auf den Abschluß des Vertrages Aufwendungen gemacht hätte, würde die Haftung für vor Vertragsschluß entstandenen Schaden voraussetzen, daß unser Recht eine Haftung für fahrlässig geführte Vertragsverhandlungen anerkannte, d. h. für die fahrlässige Erweckung und Täuschung

³⁹⁰ Mit einer Ausnahme: vgl. vorn § 9/I/B/2/e.

³⁹¹ vgl. Scherrer 49 ff.

³⁹² vgl. hinten § 12/I/A/2.

³⁹³ Z. B. Kosten der notariellen Beurkundung, Kosten für die Errichtung von Beweisurkunden, Handänderungssteuern usw.

des Vertrauens in das Zustandekommen des Vertrages. Aus diesem Grunde muß immer untersucht werden, wann ein Vertrag zur Perfektion gelangt ist, auch wenn jene Unterscheidung als spitzfindig erscheinen mag^{394 395}.

bbbb. Kosten der Erfüllung und Ende der
Berechtigung des Vertrauens.

aaaaa. Kosten der Erbringung der eigenen
Leistung.

In jedem Stadium der Erfüllungshandlung kann die Anfechtung des Vertrages erfolgen oder sich die Nichtigkeit des Vertrages erweisen oder die Tatsache, daß der Vertrag überhaupt nicht zustande gekommen ist, bekannt werden; höchstens bis zu diesem Zeitpunkt kann ein Schaden in berechtigtem Vertrauen entstehen. Dieses ist aber schon vorher nicht mehr berechtigt, wenn der Schadenersatzberechtigte den Mangel bis dahin zwar nicht erkannt hat, aber hätte erkennen sollen^{396 397}.

bbbbb. Kosten der Entgegennahme der
Gegenleistung.

Auch solche Aufwendungen, die durch die Entgegennahme der Gegenleistung bedingt sind, können in berechtigtem Vertrauen gemacht werden.

cccc. Schaden infolge der Schadenersatz-
leistung an einen Dritten.

Wenn der Geschädigte dadurch, daß sich der Vertrag als unwirksam erweist oder gar nicht zustande gekommen ist, seinerseits einen anderen Vertrag nicht erfüllen kann, den er im betreffenden Vertrauen abgeschlossen hat, so daß er dafür schadenersatzpflichtig wird oder eine eventuelle Strafe zu be-

³⁹⁴ vgl. Scherrer 53, 59; Rabel 294.

³⁹⁵ Auch wenn aber das Vertrauen auf das Zustandekommen des Vertrages geschützt wäre, so würden doch solche Aufwendungen nicht berücksichtigt, die zum Abschluß des Vertrages nicht unmittelbar notwendig sind, z. B. die Auslagen für eine Reise, die zum Zwecke der Besichtigung einer Wohnung gemacht werden.

³⁹⁶ vgl. vorn § 10/I/A.

³⁹⁷ vgl. Staudinger I § 122 N 6 a; a. M. Scherrer 54 N 13.

zahlen hat, so fällt dieser Schaden unter das negative Interesse, soweit er mit der Vertrauenserweckung und -täuschung im Kausalzusammenhang steht.

dddd. Prozeßkosten.

Hinsichtlich der Frage der Prozeßkosten als Bestandteile des negativen Interesses ist zu unterscheiden zwischen den Kosten aus jenem Prozeß, dessen Gegenstand die Frage der Erfüllungspflicht auf Grund der Wirksamkeit des Vertrages ist und den Kosten jener Prozesse, in denen es ungewiß ist, wer von zwei in Frage kommenden Beteiligten belangt werden müsse. Wir werden sehen, daß nur im letzteren Fall es wirklich fraglich wird, ob die Prozeßkosten Bestandteile des negativen Interesses sein können oder nicht. Diese Situation tritt uns allein im Falle des falsus procurator entgegen. Auch wenn der Tatbestand von OR 36/II gegeben ist, sind zwar mehrere Personen beteiligt, aber die Frage geht hier nicht darum, welche von den beteiligten Personen durch den Geschädigten belangt werden müsse, sondern in welcher Weise der Vollmachtgeber haftbar gemacht werden könne, ob auf Erfüllung oder auf Schadenersatz im Sinne des negativen Interesseersatzes. Wenn man auch diese Frage in guten Treuen auf dem Prozeßweg entscheiden lassen kann, so erhebt sich deswegen doch nicht die Frage nach der Reihenfolge verschiedener Prozesse; denn was umstritten ist, kann nur den Gegenstand eines einzigen Prozesses bilden.

aaaaa. Im besonderen Fall des falsus procurator.

Es handelt sich hier nicht nur um die Frage der Erfüllungspflicht auf Grund des Zustandekommenseins des Vertrages, sondern, und das ist das Besondere, es erhebt sich zunächst die Frage, ob in einem konkreten Fall der Gegenkontrahent vorerst den scheinbar Vertretenen oder aber den falsus procurator belangen müsse, um nachträglich Ersatz der entstandenen Kosten verlangen zu können. Voraussetzung ist dabei natürlich, daß es in guten Treuen zweifelhaft ist, ob eine Vollmacht besteht oder nicht. Der Gegenkontrahent des falsus procurator kann in einem solchen Fall zwei Wege einschlagen: er verlangt vom angeblich

Vertretenen Erfüllung, indem er das Bestehen der Vollmacht nachzuweisen versucht (unter Streitverkündung an den falsus procurator) und verlangt, wenn er abgewiesen wird, vom scheinbar Bevollmächtigten Schadenersatz, oder aber er fordert zuerst Schadenersatz auf Grund von OR 39, und wenn er mit dieser Klage nicht durchdringt, weil der Beklagte den Nachweis der Vollmacht erbringen kann, belangt er den angeblich Vertretenen auf Erfüllung. Die Frage des Kostenersatzes stellt sich im letzteren Fall nicht, gleichgültig, ob die Vollmacht gegeben ist oder nicht. Ist sie gegeben, so hat der Kläger die Prozeßkosten selber zu tragen, andernfalls kann kein Zweifel darüber bestehen, daß diese Kosten unter das negative Interesse fallen, immer vorausgesetzt, daß der Kläger in guten Treuen über die wahre Sachlage hat im unklaren sein können. Betrachten wir nun aber jenen Fall, wo er vorerst die Erfüllung verlangt. Aktuell wird hier die Frage des Kostenersatzes nur dann, wenn es sich zeigt, daß es an der Vollmacht fehlt; wenn sich aber der Vertrag als nicht zustande gekommen erweist, so daß der positive Interesseersatz nicht gefordert werden kann, der falsus procurator dagegen zum Ersatz des negativen Interesses verpflichtet ist, dann fragt es sich, ob dieses auch die Kosten des Prozesses über den Anspruch auf Erfüllung umfasse. Freilich hätte die Gegenpartei des falsus procurator eine besondere Klage auf Nachweis der Vollmacht gegen den falsus procurator. Es mag aber wohl kein Zweifel darüber bestehen, daß von ihr nicht verlangt werden kann, daß sie den Nachweis der Vollmacht fordere; denn abgesehen davon, daß sie ein schützenswertes Interesse daran hat zu wissen, ob sie die Erfüllung verlangen könne oder nicht, vertraut sie damit nur auf die ausdrückliche oder stillschweigende Vollmachtsbehauptung, und der falsus procurator kann sich nicht darüber beklagen, daß der Gegenkontrahent dieser seiner Erklärung Glauben geschenkt und darnach gehandelt hat³⁹⁸.

bbbb. In den übrigen Fällen.

Die Parteien sind verschiedener Meinung über die Wirk-

³⁹⁸ vgl. Scherrer 61/62.

samkeit des Vertrages, bzw. darüber, ob der Vertrag zustande gekommen sei. Die eine bestreitet z. B. die Wesentlichkeit des von der Gegenpartei geltend gemachten Irrtums oder anerkennt sie zwar, ist aber der Auffassung, die Berufung auf den Irrtum verstoße gegen Treu und Glauben (OR 25). Zur Beantwortung der Frage, ob zum negativen Interesse auch Kosten zu zählen sind, die dem Ersatzberechtigten daraus entstanden sind, daß er in einem Prozeß über die Erfüllungspflicht zu Unrecht die Wirksamkeit, bzw. das Zustandegekommensein des Vertrages durchgefochten hat, ist darauf abzustellen, ob der Schadenersatzberechtigte auf die Richtigkeit seiner Behauptung hat vertrauen dürfen, ob er also gutgläubig gewesen ist. Es genügt also nicht, daß er auf den Erfolg seiner Klage vertraut hat; darauf zu vertrauen, dazu ist schließlich jede Vertragspartei berechtigt, wenn die Entscheidung nicht im vornherein klar ist. Gutgläubigkeit ist z. B. dann gegeben, wenn die die Unwirksamkeit oder das Nichtzustandegekommensein geltend machende Partei die Tatsachen, auf Grund welcher sie die betreffende Behauptung aufstellt und auf Grund welcher der Richter auf Unwirksamkeit, bzw. auf Nichtzustandegekommensein erkannt hat, der anderen Partei nicht mitgeteilt hat und diese auch sonst davon keine Kenntnis haben müssen. Sind ihr anderseits diese Umstände bekannt, so schließt eine vom Urteil abweichende rechtliche Beurteilung dieser Tatsachen die Gutgläubigkeit noch nicht aus; es ist trotz der falschen rechtlichen Beurteilung dieser Tatsachen denkbar, daß der Schadenersatzberechtigte auf den Erfolg seiner Klage hat vertrauen dürfen³⁹⁹.

Nicht unter das negative Interesse fällt dagegen der Schaden infolge Preissteigen, bzw. -sinken; denn er stellt keine Folge der Vertrauenserweckung und -täuschung dar⁴⁰⁰; denn hätte der Geschädigte keinen anderen Vertrag abgeschlossen, dann hätte er diesen Schaden sowieso erlitten; andernfalls aber könnte er den Entgang eines Gewinns geltend machen.

³⁹⁹ Bei der Berechnung des negativen Interesses als Folge einer Vertragsverletzung fällt auch der durch die Nichterfüllung verursachte positive Schaden in Betracht.

bbb. Entgangener Gewinn.

Der Schaden, der dadurch entstanden ist, daß infolge des schädigenden Ereignisses eine Vermögensvermehrung nicht stattgefunden hat, kann sich aus folgenden Schadensposten zusammensetzen:

aaaa. Schaden infolge Nichtabschlusses eines anderen Geschäfts.

Der Geschädigte hat ein anderes Geschäft, welches ihm einen Gewinn gebracht hätte, nicht abgeschlossen, weil er sich an den nunmehr unwirksamen, bzw. nicht zustande gekommenen Vertrag gebunden glaubte. Er muß nicht nur beweisen, daß er dieses andere Geschäft hätte abschließen können, sondern auch, daß er es deshalb nicht abgeschlossen hat, weil er sich an den unwirksamen Vertrag gebunden fühlte⁴⁰¹.

bbbb. Schaden infolge Verlustes der Früchte der hingegebenen Sachen.

Bei der Berechnung dieses Schadens ist nicht darauf abzustellen, was die Gegenpartei an Früchten gezogen hat, sondern darauf, was der Geschädigte an Früchten gezogen hätte. Aus diesem Grunde kommt in den weitaus meisten Fällen für die Berechnung der Zinsen aus dem als Erfüllungsleistung hingegebenen Kapital nicht generell der Zinsfuß von 5 % zur Anwendung⁴⁰², sondern ist auf die individuellen Verhältnisse abzustellen⁴⁰³. Der Richter wird jedoch den Zinsfuß von 5 % dann der Berechnung zugrunde legen, wenn sich aus den Umständen kein Zinsfuß eruieren läßt⁴⁰⁴.

b. Vorteile infolge des schädigenden Ereignisses.

Es ist durchaus denkbar, daß das schädigende Ereignis

⁴⁰⁰ a. M. Tuhr: Ueber die Mängel des Vertragsabschlusses nach schweizerischem Obligationenrecht, ZSR 16, 19.

⁴⁰¹ Hinsichtlich der Frage, inwieweit dieser entgangene Gewinn berücksichtigt werden kann: vgl. vorn § 10/II/C.

⁴⁰² vgl. Oser Art. 39 N 10.

⁴⁰³ vgl. Becker Art. 26 N 7.

⁴⁰⁴ vgl. Scherrer 64.

dem Beschädigten auch Vorteile bringt, sei es, daß ihm neue Vermögenswerte verschafft werden, sei es, daß bestehende Werte erhalten bleiben, die sonst aus dem Vermögen ausgeschieden wären. Wenn auch allgemein anerkannt ist, daß grundsätzlich solche Vorteile den Schaden vermindern⁴⁰⁵, so besteht doch über die rechtliche Begründung und den Umfang dieser Vorteilsanrechnung Uneinigkeit. Daß solche Vorteile angerechnet werden müssen, ergibt sich daraus, daß das Interesse den Unterschied ausmacht zwischen dem, was ist und dem, was wäre ohne Dazwischentreten des betreffenden schädigenden Ereignisses. Wie weit diese Anrechnung reichen soll, läßt sich aus der Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang ableiten: alle Vorteile, welche mit der Nichterfüllung, bzw. mit der Vertrauenserweckung und -täuschung in diesem Kausalzusammenhang stehen, sind anzurechnen⁴⁰⁶.

aa. Vorteilsanrechnung beim positiven Interesse.

aaa. Vorteile im Sinne einer Vermögensvermehrung.

In Betracht fallen hier Vorteile aus einer anderweitigen Verwendung der eigenen Leistung, soweit die Differenztheorie anzuwenden ist, also vor allem in OR 191/II und III und in OR 215⁴⁰⁷. Die Vorteilsanrechnung ist hier ausdrücklich vorgesehen. Es handelt sich dabei aber nicht etwa um eine Verrechnung; daher erwirbt der säumige Schuldner, wenn die Vorteile, die dem Gläubiger aus dem Behalten der Gegenleistung erwachsen, die Nachteile aus der Nichterfüllung übersteigen, keine Forderung gegenüber dem Gläubiger. Die Vorteilsanrechnung wird vor allem aber im Dienstvertragsrecht aktuell, wo sie auch von

⁴⁰⁵ vgl. Lemp 154/155.

⁴⁰⁶ Maßgebend ist das, was der Gläubiger im Zeitpunkt des Urteils hätte, wenn zur Zeit des Verzugsbeginns erfüllt worden wäre.

⁴⁰⁷ Aber auch in den Fällen, in denen die Natur des Vertrages oder der Situation (z. B. im Falle der vorzeitigen Entlassung eines Dienstpflichtigen) die Anwendung der Austauschtheorie nicht zuläßt (vgl. z. B. vorn § 9/II/B/2/b/bb/bbb).

der Praxis anerkannt worden ist⁴⁰⁸. Wenn z. B. der Dienstpflichtige vorzeitig entlassen wird oder aus wichtigen Gründen den Vertrag auflöst, so kann er nicht den Betrag des vollen entgangenen Gewinns als Schadenersatz beanspruchen, sondern nur den Unterschied zwischen diesem und dem Verdienst, den er durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskräfte erzielen konnte. Auch im Werkvertrag ist diese Vorteilsanrechnung von Bedeutung⁴⁰⁹.

bbb. Vorteile im Sinne des Ausbleibens einer Vermögensverminderung (Ersparnis von Unkosten, Aufwand an Arbeit und anderen Mitteln).

aaaa. Ersparnis von Mitteln zum Zwecke der Herstellung oder der Erbringung der Leistung des Gläubigers.

Diese Vorteile sind nur denkbar bei der Berechnung des Erfüllungsinteresses nach der Differenztheorie⁴¹⁰.

bbbb. Ersparnis von Mitteln zum Zwecke der Entgegennahme der Leistung des Schuldners.

Dahin gehört z. B. die Vermeidung von Kosten für die Eintragung eines Grundstückes.

cccc. Ersparnis von Mitteln zum Zwecke der Gewinnziehung aus der Leistung des Schuldners.

Der Gewinn wäre z. B. durch Bewirtschaftung eines Grundstückes oder durch den Betrieb eines Gewerbes in gemieteten Lokalen erzielt worden. Voraussetzung ist dabei allerdings, daß der Gläubiger die ersparte Arbeitskraft nutzbringend anderweitig verwenden kann.

⁴⁰⁸ vgl. BGE 15, 317; 16, 209; 18, 312; 20, 606; 25 II 317, 350; im Mietvertrag: 33 II 63.

⁴⁰⁹ vgl. Lemp 155 ff.; BGE 29 II 131; 34 II 729.

⁴¹⁰ vgl. vorn § 9/II/A.

dddd. Ersparnis von Mitteln zum Zwecke der Weiterveräußerung.

Dagegen fallen allgemeine Geschäftsunkosten nicht darunter; denn sie werden durch das Ausbleiben dieser Handlungen des Gläubigers kaum verringert.

bb. Vorteilsanrechnung beim negativen Interesse.

Beim negativen Interesse kommt eine Vorteilsanrechnung nur insoweit in Betracht, als ein anderes Geschäft abgeschlossen worden wäre, falls die Vertrauenserweckung und -täuschung nicht stattgefunden hätte, und zwar sind Vorteile nur im Sinne des Ausbleibens einer Vermögensverminderung denkbar, indem die zum Schadenersatz verpflichtete Vertragspartei den Beweis zu erbringen vermag, daß dieses andere Geschäft für die Gegenpartei einen Verlust bedeutet hätte.

2. Zeit und Ort, die der Berechnung zugrunde zu legen sind

a. Grundsätze.

aa. Die der Berechnung zugrunde zu legende Zeit.

Nicht jede Rechtsordnung geht bei der Berechnung des Interesses von demselben Zeitpunkt aus. Das ältere römische Recht unterschied zwischen den freien Klagen, für die die Zeit des Urteils maßgebend war und den Kondiktionen, für die die Zeit der *litis contestatio* entscheidend war, wobei man den später eintretenden Ereignissen keinen Einfluß auf den Gegenstand der Verurteilung einräumte. Im heutigen Recht, das den Unterschied zwischen den strengen und den freien Klagen nicht mehr kennt, gilt das für die freien Klagen maßgebend gewesene Recht allgemein. Schon zur Zeit des römischen Rechts galt aber, daß nur solche Ereignisse, welche bis zum Urteil eintraten, einen Einfluß auf die Berechnung des Interesses haben konnten. Unter dieser Voraussetzung war aber nach den Grundsätzen des römischen Prozesses eine Berücksichtigung der tatsächlichen Verhältnisse bis zum Urteil jederzeit möglich, während nach den

heute geltenden Grundsätzen dies nicht in selbem Maße der Fall ist⁴¹¹.

Nach dem römischen Recht bildete die Zeit des Urteils nur insofern den äußersten Termin für die Berücksichtigung der den Betrag des Interesses beeinflussenden Umstände, als in diesem Prozeß eine weitere Berücksichtigung nicht stattfinden konnte. Freilich war in der Regel wegen des Grundsatzes der Klagekonsumption die Berücksichtigung später eintretender Umstände überhaupt ausgeschlossen. Dagegen konnte der Kläger für den Fall, daß noch weitere nachteilige Folgen der zum Ersatz verpflichtenden Tatsachen eintreten würden, vom Beklagten ein in Stipulationsform zu erteilendes Versprechen verlangen. In unserem Recht ist die Berücksichtigung künftigen Schadens im Urteil insofern möglich, als feststeht, daß er eintreten wird. Nur mit Rücksicht auf die Folgen einer Körperverletzung ist ein Vorbehalt im Urteil (Rektifikationsvorbehalt: OR 46/II) möglich. Die unabsehbaren weiteren Folgen eines schädigenden Ereignisses können dagegen Gegenstand eines zweiten Schadenersatzanspruches sein⁴¹².

Während im römischen Recht hinsichtlich der Zeit, die der Ermittlung des Interesses zugrunde zu legen ist, der Unterschied zwischen den freien und den strengen Klagen auch in späterer Zeit nicht ohne Bedeutung war und die Sache durch eine Reihe von Ausnahmen, in denen bei der Berechnung des Interesses eine andere Zeit berücksichtigt werden mußte, noch verwickelter wurde, so gilt für unser heutiges Recht eine einfache Regel: maßgebend ist derjenige adäquate Schaden, der im Zeitpunkt des Urteils feststeht⁴¹³.

bb. Der der Berechnung zugrunde zu legende Ort.

Für die Feststellung des Umfangs des Interesses kann auch der Ort, welcher bei der Berechnung des Interesses zugrunde

⁴¹¹ z. B. Zürcherische Zivilprozeßordnung (ZPO § 135).

⁴¹² vgl. Tuhr I 114/115.

⁴¹³ Auch bei der Berechnung des positiven Schadens des negativen Interesses ist auf diesen Zeitpunkt abzustellen, wenn auch nur ein solcher Schaden berücksichtigt wird, der vor jenem Zeitpunkt verursacht worden

zu legen ist, von Bedeutung sein. Die Leistung des Schuldners, für welche ein Ersatz zu erbringen ist, kann für den Berechtigten am einen Ort einen höheren Wert haben als an einem anderen. Voraussetzung dafür, daß diese Frage überhaupt aufgeworfen wird, ist freilich, daß es sich um den Ersatz für eine Leistung handelt, welche an verschiedenen Orten erbracht werden kann. Damit scheidet für diese Frage die Leistung einer unbeweglichen Sache aus. In den übrigen Fällen nun, in denen das Interesse das Äquivalent für eine ursprünglich geschuldete Leistung darstellt, steht unser heutiges Recht im Gegensatz zum römischen. Nach diesem hatte der Mangel einer ausdrücklichen Vereinbarung über den Erfüllungsort im Falle der Einleitung eines Prozesses in vielen Fällen zur Folge, daß der Schuldner, um sich von seiner Verbindlichkeit befreien zu können, an dem Ort der Klage erfüllen mußte, so daß nach diesem Ort auch das Interesse berechnet wurde. War jedoch ein bestimmter Erfüllungsort festgesetzt, so wurde das Interesse immer unter Berücksichtigung dieses Ortes berechnet. Nach heutigem Recht kann es nicht zweifelhaft sein, daß, wenn immer der Wert einer Leistung zu bestimmen ist, der Erfüllungsort maßgebend ist. Der Ort, welcher der Berechnung des Interesses zugrunde zu legen ist, braucht daher mit dem Klageort keineswegs zusammenzufallen.

b. Bedeutung dieser Grundsätze.

aa. Bedeutung des Zeitpunktes, welcher der Berechnung des Interesses zugrunde zu legen ist.

aaa. Im Sinne des Ausschlusses später eintretenden Schadens und später eintretender Vorteile.

Es wird nur ein solcher Schaden berücksichtigt, der im Zeitpunkt des Urteils bereits entstanden ist oder doch als zu-

ist, bis zu welchem der Schadenersatzberechtigte gutgläubig war; nur dieser Schaden ist freilich adäquat zur Vertrauensverletzung und -täuschung (vgl. hinten S. 275 N 420).

künftiger Schaden feststeht. Dieser Umstand ist z. B. von Bedeutung bei der Bewertung einer Leistung, deren Wert im Laufe der Zeit sich verändert⁴¹⁴. Ist der Eintritt zukünftigen Schadens nicht mit einer gewissen Sicherheit vorauszusehen, so ist dessen Berücksichtigung ausgeschlossen. Nach diesem Zeitpunkt können aber auch Vorteile eintreten, die sich als Folge des schädigenden Verhaltens erweisen, so daß er dem Schadenersatzberechtigten auch zugute kommen kann.

bbb. Im Sinne der Berücksichtigung allen vorher eingetretenen Schadens und aller vorher eingetretenen Vorteile.

In diesem Zusammenhang ist es unsere Aufgabe zu untersuchen, welches die Auswirkungen des Umstandes sind, daß aller bis zum Zeitpunkt des Urteils entstandene Schaden berücksichtigt wird. Es stellt sich also die Frage, was der Schadenersatzberechtigte ohne Eintritt des schädigenden Verhaltens in diesem Zeitpunkt hätte. Sie zerfällt in zwei Teilfragen, einerseits in die Frage: Was hätte der Schadenersatzberechtigte nicht verloren, bzw. gewonnen ohne das schädigende Verhalten?, andererseits die Frage: Was hätte er in diesem Falle verloren, bzw. nicht gewonnen?

aaaa. Positives Interesse.

Der Gläubiger hat Anspruch auf Ersatz jedes Schadens, der ihm dadurch entstanden ist, daß er die Leistung im Augenblick des Verzugsbeginns nicht empfangen hat. Der Schuldner hat also nicht etwa den Schaden zu ersetzen, der daraus entstanden ist, daß er am Ende der Nachfrist nicht erfüllt hat. Andererseits sind auch Tatsachen, welche erst nach der Verzichts-erklärung eintreten und den Schaden erhöhen, bzw. vermindern, zu berücksichtigen, falls sie mit der Nichterfüllung im adäquaten Kausalzusammenhang stehen; denn im Augenblick des Urteils muß die Frage beantwortet werden: Was hätte der Gläubiger jetzt, wenn die Erfüllung zur Zeit des Verzugsbeginns stattgefunden hätte?

⁴¹⁴ vgl. Lemp 148.

aaaaa. Was würde sich im Zeitpunkt des Urteils für den Gläubiger ohne das schädigende Verhalten als nicht verloren, bzw. als gewonnen erweisen?

Der Schaden ist, so haben wir festgestellt, darnach zu berechnen, was der Gläubiger hätte, wenn im Zeitpunkt des Verzugsbeginns erfüllt worden wäre⁴¹⁵. Andernfalls wäre der Gläubiger umso schlechter gestellt, je nachsichtiger er mit der Einräumung von Nachfristen wäre, abgesehen davon, daß er weniger erhielte als in dem Fall, wo er neben der Erfüllung Schadenersatz wegen Verspätung verlangen kann⁴¹⁶.

In diesem Zusammenhang handelt es sich nun insbesondere darum zu untersuchen, welcher Schaden seit dem Verzugsbeginn bis zum Urteil zum ursprünglichen Schaden hinzutreten kann. Wir gehen also vom Schaden aus, der im Zeitpunkt des Verzugsbeginns für den Gläubiger besteht und fragen uns, wodurch dieser Schaden bis zum Zeitpunkt des Urteils erhöht werden kann. Die folgende Gliederung vermag freilich keinen Anspruch auf Vollständigkeit zu erheben:

aaaaaa. Was der Gläubiger nicht verloren hätte (Positiver Schaden).

1) Kosten.

Es ist denkbar, daß vom Augenblick des Verzugsbeginns an mit der Nichterfüllung Kosten verbunden sind⁴¹⁷.

2) Schadenersatzpflicht des Gläubigers.

Wenn der Gläubiger infolge Ausbleibens der Leistung des Schuldners seinerseits der Erfüllungspflicht eines anderen Vertrages nicht nachkommen kann und dafür schadenersatzpflichtig wird, so wächst der ursprüngliche Schaden infolge Nichterfüllung.

⁴¹⁵ a. M. BGE 43 II 510; 45 II 277, 288.

⁴¹⁶ vgl. Lemp 149/150.

⁴¹⁷ vgl. vorn S. 259 N. 387.

bbbbbb. Was der Gläubiger gewonnen hätte
(Entgangener Gewinn).

- 1) Erhöhung des Schadens infolge einer vor dem Urteil eintretenden Wertvermehrung der Leistung des Schuldners.

Voraussetzung ist, daß nicht bewiesen wird, daß der Gläubiger mit dieser Leistung ein anderes Geschäft abgeschlossen hätte.

- 2) Erhöhung des Schadens infolge einer vor dem Urteil eintretenden Wertverminderung der Leistung des Gläubigers.

Vorausgesetzt ist dabei die Anwendung der Differenztheorie⁴¹⁸ und daß die Leistung des Gläubigers nicht anderweitig verwendet wurde. Diese Erhöhung des Schadens wird dadurch berücksichtigt, daß der Berechnung der Leistung des Gläubigers der Wert im Zeitpunkt des Urteils zugrunde gelegt wird.

- 3) Erhöhung des Schadens infolge des Mangels der Möglichkeit zur Verwendung der Leistung des Schuldners.

- 3a) Im Sinne der Benützung der Gelegenheit zum Abschluß eines anderen Geschäfts.

- 3b) Im Sinne einer Nutzziehung.

Dabei fallen naturale wie zivile Früchte in Betracht.

Maßgebend ist, mangels eines besonderen Nachweises, ein objektiver Wert, andernfalls muß aber die konkrete Vermögenseinbuße berücksichtigt werden.

⁴¹⁸ vgl. vorn § 9/II/A.

bbbb. Was würde sich im Zeitpunkt des Urteils für den Gläubiger ohne das schädigende Verhalten als verloren, bzw. als nicht gewonnen erweisen?

Das Interesse an der Erfüllung zur Zeit des Verzugsbeginns kann nur durch Vorteile im Sinne einer Vermögensvermehrung bis zum Urteil verändert werden, und zwar nur durch Vorteile aus einer anderweitigen Verwendung⁴¹⁹.

bbbb. Negatives Interesse.

Das negative Interesse umfaßt allen Schaden, der als adäquate Folge der Vertrauenserweckung und -täuschung zu betrachten ist und im Zeitpunkt des Urteils feststeht. Es gibt Antwort auf die Frage: Was hätte der Schadenersatzberechtigte im Zeitpunkt des Urteils ohne die Vertrauenserweckung und -täuschung?

aaaa. Was würde sich im Zeitpunkt des Urteils⁴²⁰ für den Schadenersatzberechtigten ohne das schädigende Verhalten als nicht verloren, bzw. als gewonnen erweisen?

aaaaaa. Was der Schadenersatzberechtigte nicht verloren hätte
(Positiver Schaden)⁴²¹.

bbbbbb. Was der Schadenersatzberechtigte gewonnen hätte
(Entgangener Gewinn)⁴²².

⁴¹⁹ vgl. vorn § 10/III/A/1/b/aa/aaa.

⁴²⁰ Der Zeitpunkt des Urteils ist wohl insofern maßgebend, als nur ein solcher Schaden berücksichtigt wird, der zu dieser Zeit feststeht. Von Bedeutung ist aber auch der Zeitpunkt, bis zu welchem die Gutgläubigkeit des Schadenersatzberechtigten anzunehmen ist, indem später verursachter Schaden, auch wenn er vor dem Urteil eintritt, nicht berücksichtigt werden kann.

⁴²¹ vgl. vorn § 10/III/A/1/a/bb/aaa.

⁴²² vgl. vorn § 10/III/A/1/a/bb/bbb.

bbbbb. Was würde sich im Zeitpunkt des Urteils für den Schadenersatzberechtigten ohne das schädigende Verhalten als verloren, bzw. als nicht gewonnen erweisen?

Bei der Berechnung des negativen Interesses sind Vorteile nur im Falle der Möglichkeit zum Abschluß eines anderen Geschäftes denkbar, und zwar nur im Sinne des Ausbleibens einer Vermögensverminderung⁴²³. Insofern sind alle diejenigen Vorteile zu berücksichtigen, die sich im Zeitpunkt des Urteils als zur Vertrauensерweckung und -täuschung adäquat erweisen.

bb. Bedeutung des Ortes, welcher der Berechnung des Interesses zugrunde zu legen ist.

aaa. Positives Interesse.

aaaa. Bewertung der Leistung des Schuldners.

aaaaa. In dem Fall, wo keine Möglichkeit zum Abschluß eines anderen Geschäfts besteht.

Der Gläubiger kann den Ersatz desjenigen Interesses in Anspruch nehmen, welches er daran hat, daß der ursprüngliche Gegenstand der Obligation an dem Orte geleistet worden wäre, in welchem der Schuldner die Leistung zu erbringen hatte. Es wird also der an diesem Ort in Betracht fallende Wert berücksichtigt.

bbbbb. Im Fall der Möglichkeit einer anderweitigen Verwendung.

Handelt es sich um die Berechnung dessen, was der Gläubiger mit der Leistung des Schuldners hätte anfangen können, indem jener den Beweis zu erbringen vermag, daß er ein anderes Geschäft hätte abschließen können und auch abgeschlos-

⁴²³ vgl. vorn § 10/III/A/1/b/bb.

sen hätte, dann fällt die Bewertung jener Leistung weg. Dagegen ist der Wert der mit dieser nicht erbrachten Leistung gegebenenfalls erworbenen Gegenleistung festzustellen, wofür wiederum der Erfüllungsort maßgebend wäre.

bbbb. Bewertung der Leistung des Gläubigers.

Für die Bewertung der Leistung des Gläubigers im Falle der Anwendung der Differenztheorie⁴²⁴ gilt dasselbe wie hinsichtlich der Bewertung der Leistung des Schuldners.

bbb. Negatives Interesse.

Auch für die Berechnung des negativen Interesses kann der Ort, der ihr zugrunde gelegt ist, maßgebend sein, indem der Betrag des Gewinns, der durch den Abschluß eines anderen Geschäfts hätte erzielt werden können, je nachdem so oder so groß ist. Maßgebend ist auch hier der Erfüllungsort.

3. Beweis des Schadens

a. Der Beweis an sich.

aa. Im allgemeinen.

Um die Schwierigkeiten, die oft mit dem Beweis des Schadens und des Kausalzusammenhanges verbunden sind, einigermaßen zu mildern, haben Gesetz und Gerichtspraxis Grundsätze aufgestellt, die einerseits Ausnahmebestimmungen, andererseits Beweisregeln darstellen.

aaa. Ausnahmebestimmungen.

Als Ausnahmebestimmungen sind vor allem zu nennen: OR 269, OR 291, Art. 26 des BG betreffend die Arbeit in den Fabriken vom 18. Juni 1914⁴²⁵. OR 191/III und 215/II stellen zwar keine Ausnahmebestimmungen dar, sind andererseits aber mehr als bloße Beweisregeln; denn die abstrakte Schadensberechnung ist auch dann zugelassen, wenn eine konkrete Berechnung möglich wäre.

⁴²⁴ vgl. vorn § 9/II/A.

⁴²⁵ vgl. Oser Art. 43 N 24.

bbb. Beweisregeln.

Wäre ein genauer Beweis des Schadens und des Kausalzusammenhangs erforderlich, so würde der Schadenersatzberechtigte in den weitaus meisten Fällen nicht zu seinem Recht kommen. Das würde insbesondere hinsichtlich des entgangenen Gewinns gelten. Nun bestimmt aber OR 42/II, daß der Richter auf Grund seines Ermessens den nicht ziffernmäßig nachweisbaren Schaden mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge und auf die vom Geschädigten getroffenen Maßnahmen abschätzen soll. Diese Vorschrift bezieht sich nicht nur auf den Fall, wo es fraglich ist, in welcher Höhe ein Schaden entstanden ist, sondern auch auf den Fall, wo es sich fragt, ob überhaupt ein Schaden entstanden sei⁴²⁶. Sie findet aber auch auf die Ermittlung der Vorteile Anwendung.

Auf diesen abstrakten Maßstab wird aber nur insofern abgestellt, als einerseits der Schaden nicht anders bewiesen werden kann und anderseits der Beklagte nicht den Gegenbeweis zu erbringen vermag, daß der Schaden geringer ist als nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge⁴²⁷.

bb. Positives Interesse.

Auf Grund von OR 99/III kommt OR 42/II auch für den Schadenersatz wegen Nichterfüllung zur Anwendung. Was den Beweis dessen anbelangt, was der Gläubiger mit der Leistung des Schuldners hätte anfangen können, so tauchen dieselben Schwierigkeiten auf, wie sie sich bei der Berechnung des entgangenen Gewinns beim negativen Interesse zeigen; aus diesem Grunde werde ich sie in jenem Zusammenhang betrachten.

cc. Negatives Interesse.

Besondere Schwierigkeiten treten bei der Berechnung des negativen Interesses dann auf, wenn ein entgangener Gewinn bewiesen werden soll. Dieser Umstand hängt damit zusammen, daß von einem entgangenen Gewinn vernünftigerweise überhaupt erst gesprochen werden kann, wenn bewiesen wird, aus

⁴²⁶ vgl. BGE 40 II 354 ff.; 43 II 55; 60 II 131.

⁴²⁷ vgl. Lemp 158 ff.

welchem Grunde das Vermögen sich nicht vermehrt hat; denn das letztere wird vermutet, nicht dagegen der Eintritt eines solchen Schadens. Die Konsequenz ist die, daß der Richter nicht allzu hohe Anforderungen an den Beweis des entgangenen Gewinns stellen sollte. Andererseits ist aber zu beachten, daß man in vielen Fällen zum Schluß kommen muß, daß der Gewinn auch ohne das Dazwischentreten des zum Ersatz verpflichtenden Verhaltens entgangen wäre. Der Beweis eines tatsächlich entgangenen Gewinns ist zwar schwierig, dem Beweispflichtigen Beweiserleichterungen zuzugestehen aber gefährlich. Dagegen darf der Richter keinesfalls den Nachweis verlangen, daß der Gewinn ohne das schädigende Verhalten bestimmt eingetreten wäre.

b. Die beweispflichtige Partei.

Zur Beantwortung der Frage, wer hinsichtlich eines Wertes, der bei der Berechnung des Schadens zu berücksichtigen ist, beweispflichtig sei, müssen wir folgende Unterscheidung vornehmen:

aa. Beweis des Schadens.

Bei der Berechnung sowohl des positiven wie des negativen Interesses hat die Schadenersatz beanspruchende Partei den Nachweis des Schadens, des schädigenden Verhaltens und des Kausalzusammenhangs zu erbringen, bei der Berechnung des negativen Interesses zudem des Verschuldens⁴²⁸.

bb. Beweis der Vorteile.

Hinsichtlich der Beweislast für die Vorteile und den adäquaten Kausalzusammenhang zwischen ihnen und dem schädigenden Verhalten gelten nun folgende Grundsätze:

aaa. Vorteile, deren Vorhandensein zu beweisen ist.

In den Fällen, in denen das Bestehen eines Vorteils zuerst bewiesen werden muß, weil dieses nicht auf der Hand liegt,

⁴²⁸ Es sei denn, daß das negative Interesse wegen Verletzung einer vertraglichen Pflicht ersetzt werden müsse (vgl. vorn S. 244).

trifft die Beweislast sowohl für das Vorhandensein dieser Vorteile wie für ihre Höhe den zum Ersatz Verpflichteten.

bbb. Vorteile, deren Vorhandensein
nicht bewiesen werden muß.

In Betracht kommt hier vor allem die Gegenleistung des Gläubigers (bzw. die durch deren anderweitige Verwertung erworbene Leistung) bei der Berechnung des positiven Interesses nach der Differenztheorie⁴²⁹. Erforderlich ist also nur der Beweis der Höhe dieses Vorteils. Ihn zu erbringen, ist aber nicht Aufgabe des Schuldners. Der Gläubiger muß also den Nachweis für den Wert der Gegenleistung (bzw. der mit ihr erworbenen Leistung) führen, indem er zu beweisen hat, daß ein Unterschied und welcher Unterschied zwischen dem Wert der Leistung des Schuldners und dem der Gegenleistung (bzw. jener anderen Leistung) besteht.

B. Ersatz des negativen Interesses

Ersatz des negativen Interesses bedeutet Ersatz eines durch widerrechtliches Verhalten hervorgerufenen Schadens. Eine Naturalherstellung des Zustandes, der ohne das Dazwischentreten dieser Vertrauenserrückung und -täuschung vorhanden wäre, ist nicht möglich: die Aufwendungen können nicht rückgängig gemacht, die unterlassenen Dispositionen nicht nachgeholt werden. Für den als adäquat befundenen Schaden muß also Ersatz geleistet werden. Sind nun die allgemeinen Bestimmungen über die Schadenersatzbemessung (OR 43, 44) anwendbar?

Wenn Simonius die Ansicht vertritt, daß der Gesetzgeber den Irrenden statt zum Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrages entstandenen Schadens zu einer angemessenen Entschädigung bis zur Höhe des Erfüllungsinteresses hätte verpflichten sollen, dann geht er davon aus, daß dem Richter in der Bestimmung des negativen Interesseersatzes kein freier Raum gegeben sei, so daß der volle Ersatz des negativen In-

⁴²⁹ vgl. vorn § 9/II/A.

teresses geleistet werden müsse⁴³⁰. Das würde aber bedeuten, daß die Normen, die den negativen Interesseersatz vorsehen, die allgemeinen Bestimmungen über die Schadenersatzbemessung ausschließen.

Das Gesetz spricht nun zwar vom Ersatz des negativen Vertragsinteresses, was wörtlich den Ersatz des ganzen adäquaten Schadens bedeutet. Damit will es aber dem Richter nicht die Möglichkeit nehmen, den als adäquat festgestellten Schaden nach seinem Ermessen in vollem oder in beschränktem Umfang ersetzen zu lassen. Auch OR 41/II spricht vom Ersatz des Schadens und meint damit zweifellos nicht, daß der Schadenersatzpflichtige auf jeden Fall den ganzen adäquaten Schaden zu ersetzen habe. Dieser bedeutet nur das Maximum dessen, was jener zu ersetzen hat. Für die besonderen Bestimmungen über die negative Interessehaftung müssen wir ferner davon ausgehen, daß es hier dem Gesetzgeber vor allem darum ging, die Widerrechtlichkeit der Vertrauenserweckung und -täuschung zu statuieren⁴³¹, daß er also keinen Gedanken daran haben konnte, eine Abweichung gegenüber den allgemeinen Normen zu bestimmen. Anderseits bezieht sich die falsche Vorstellung vom notwendigerweise beschränkten Umfang des negativen Interesses gegenüber dem positiven nicht auf die Frage des Schadenersatzes⁴³². Die aus den allgemeinen Regeln über den Schadenersatz sich ergebenden Vorteile können also auch für die negative Interessehaftung ausgenützt werden⁴³³.

Dieser Schluß scheint mir für das revidierte OR umso gerechtfertigter, als auch auf den Ersatz des Erfüllungsinteresses die allgemeinen Bestimmungen über die Schadenersatzbemessung zur Anwendung kommen (OR 99/III).

⁴³⁰ vgl. Simonius 283.

⁴³¹ vgl. vorn § 8/II/A.

⁴³² a. M. Simonius 284.

⁴³³ Ueber das richterliche Ermessen in dem Fall, wo das negative Interesse das positive übersteigt: vgl. vorn § 10/II/C.

2. Kapitel:

Erkenntniskritische Betrachtung des Rechtsbestandes der negativen Interessenschaftung

§ 11: Würdigung der positivrechtlichen Anerkennung der negativen Interessenschaftung gegenüber der positiven Interessenschaftung

I. Frage der Berechtigung der negativen Interessenschaftung und der Unterscheidung der Kausalreihen des positiven und des negativen Interesses unter dem Gesichtspunkt des freien richterlichen Ermessens auf Grund von OR 43.

Es handelt sich hier um die Frage, ob unser Recht an Stelle des negativen Interesseersatzes nicht besser, unter Verwertung des OR 43 zugrunde liegenden Gedankens, die Pflicht zum Ersatz einer angemessenen Entschädigung bis zur Höhe des Erfüllungsinteresses vorgesehen hätte und ob in diesem Fall der Unterscheidung zwischen dem positiven und dem negativen Interesse die Bedeutung genommen worden wäre¹.

A. Bedeutung der Kausalreihen des positiven und des negativen Interesses für die Schadensberechnung

Die Frage, ob jener Vertrauensschutz nicht auf anderem, gerechterem Wege gelöst werden könne, ist zwar eine Frage des Schadenersatzes², nicht der Schadensberechnung. Simonius, der die Auffassung vertritt, der Richter sollte dazu ermächtigt sein, dem Berechtigten eine angemessene Entschädigung bis zur Höhe

¹ vgl. Simonius 284.

² vgl. vorn § 10/III/B.

des Erfüllungsinteresses zuzusprechen, will damit aber auch der Unterscheidung der Kausalreihen des positiven und des negativen Interesses die Berechtigung absprechen. Der Richter sollte demnach überhaupt nur die Höhe des Erfüllungsinteresses ermitteln und auf Grund seines Ermessens die Pflicht zu einer viel oder wenig geringeren oder gleich hohen Schadenersatzleistung aussprechen³. Aus diesem Grunde möchte ich doch in diesem Zusammenhang festhalten, daß die Aufrechterhaltung der Kausalreihen in jedem Fall ihre Bedeutung hat: Einerseits macht das negative Interesse unter Umständen, ja in der Mehrzahl der Fälle weniger aus als das Erfüllungsinteresse, mehr als die Pflicht zum Ersatz des tatsächlich eingetretenen Schadens darf aber der Richter der ersatzpflichtigen Partei keinesfalls auferlegen. Andererseits kann das negative Interesse das positive übersteigen; wir haben gesehen, daß es Fälle gibt, in denen die Reduktion des negativen Interesseersatzes auf die Höhe des positiven nicht gerechtfertigt ist⁴. Abgesehen davon, muß doch ein Schaden festgestellt sein, damit von einem Schadenersatz überhaupt die Rede sein kann. Diese Feststellung kann aber nur mittels des Kausalzusammenhangs erfolgen.

B. Anwendung der allgemeinen Bestimmungen über die Schadenersatzbemessung

Haben wir die Bedeutung und damit die Berechtigung der Unterscheidung zwischen dem positiven und dem negativen Interesse erkennen müssen, so fragt es sich andererseits, ob der negative Interesseersatz unter dem Gesichtspunkt von OR 43 seine Berechtigung habe oder ob eine angemessene Ersatzpflicht bis zur Höhe des **negativen** Interesses den Anforderungen der Billigkeit nicht eher gerecht würde.

Auf Grund der in § 10/III/B gewonnenen Erkenntnis, daß mit den Normen über den Ersatz des negativen Interesses die

³ vgl. Simonius 283/284.

⁴ vgl. vorn § 10/II/C/1.

Anwendung der Bestimmungen über die Schadenersatzbemessung und der hiefür geltenden Grundsätze auf die negative Interessehaftung nicht ausgeschlossen wird, gelangen wir zum Ergebnis, daß die Regelung der negativen Interessehaftung durchaus den Anforderungen der Billigkeit entspricht, daß hinsichtlich des Umfanges des negativen Interesseersatzes unser Gesetz eine durchaus befriedigende Lösung gibt, indem es dem Richter die Möglichkeit einer gerechten Interessenabwägung einräumt. In dieser Beziehung besteht also kein Bedürfnis nach einem „weiteren Ausbau der Regeln über den Schadenersatz bei nichtigen Verträgen“⁵.

II. Frage der Berechtigung des Schutzes des Vertrauens in die Wirksamkeit des Vertrages, bzw. darauf, daß der Vertrag zustande gekommen sei.

A. Schutz des Vertrauens in die Wirksamkeit eines zustande gekommenen Vertrages

Die Tatsache, daß der Gesetzgeber das Vertrauen in die Wirksamkeit des Vertrages schützt, will bedeuten, daß er ein entschuldbares Nichtwissen, d. h. Gutgläubigkeit hinsichtlich der Wirksamkeit des Vertrages grundsätzlich anerkennt. Ob nun aber ein Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses in einem bestimmten Fall besteht, hängt davon ab, ob auch die konkreten Voraussetzungen der Gutgläubigkeit gegeben sind, mit anderen Worten: dieses Vertrauen ist nicht deshalb schon berechtigt, weil es auf die Wirksamkeit des Vertrages gerichtet ist, sondern deshalb kann es überhaupt erst berechtigt sein.

Die Frage, ob der Schutz dieses Vertrauens billig sei, ist zugleich die Frage darnach, ob ein Nichtwissen der Unwirksamkeit des Vertrages berechtigt sein könne. Es kann nun wohl kein Zweifel darüber bestehen, daß es zum mindesten Situationen geben kann, in denen das Nichtwissen von Rechts wegen

⁵ vgl. Simonius 285.

entschuldigt werden soll, und nur soviel braucht nachgewiesen zu werden, damit das Vertrauen in die Wirksamkeit des Vertrages grundsätzlich zu schützen ist und der Richter darüber zu entscheiden haben soll, ob in einem gegebenen Fall das Vertrauen berechtigt sei oder nicht.

*B. Schutz des Vertrauens darauf, daß der Vertrag
zustande gekommen sei*

Ist das Nichtwissenmüssen bezüglich der Tatsache, daß ein Vertrag nicht zustande gekommen ist, unter dem Gesichtspunkt der Billigkeit denkbar? Freilich muß hier der Richter bei der Beurteilung der Frage der Gutgläubigkeit einen strengeren Maßstab anlegen als im Falle der relativen Nichtigkeit⁶, fällt doch nicht nur ein zustande gekommener Vertrag nachträglich dahin, sondern ist doch ein solcher überhaupt nicht zustande gekommen. Dieser Umstand vermag aber daran nichts zu ändern, daß doch Fälle denkbar sind, in denen jenes Vertrauen durchaus berechtigt ist. Aus diesem Grunde ist es auch richtig, daß es in unserem Recht grundsätzlich geschützt ist.

§ 12: Rechtspolitische Gedanken

I. Negatives Interesse

*A. Umfang des Vertrauensschutzes im Sinne der grundsätzlichen
Anerkennung des Vertrauens auf das Zustandekommen
des Vertrages*

Die rechtsdogmatischen Betrachtungen haben uns gezeigt, daß es keine prinzipielle Haftung für alle Fälle des negativen Interesses gibt, sondern daß nur nach bestimmten Richtungen hin eine negative Interessehaftung positivrechtlich anerkannt

⁶ Jedoch keinen strengeren Maßstab als im Falle der Nichtigkeit des Vertrages.

ist. Wir haben für unser Recht die Erkenntnis gewonnen, daß die negative Interessehaftung auf dem Gedanken des Vertrauensschutzes beruht und daß es nur deshalb nicht für alle Fälle des negativen Interesses eine Haftung vorsieht, weil es nicht in allen Fällen das Vertrauen als berechtigt und daher als schützenswert erachtet. Es erhebt sich nun die Frage, ob die negative Interessehaftung nicht nach allen Richtungen hin aus dem Gedanken des Vertrauensschutzes abgeleitet werden könne, indem nicht nur das Vertrauen in die Wirksamkeit eines zustande gekommenen Vertrages, bzw. das Vertrauen darauf geschützt würde, daß der Vertrag zustande gekommen sei, sondern auch das Vertrauen auf das Zustandekommen des Vertrages. Es kann sich dabei nicht um die Frage handeln, ob das Vertrauen in das Zustandekommen eines Vertrages auf Grund einer Offerte im Sinne der negativen Interessehaftung geschützt werden soll; denn in diesem Fall wird die Frage des negativen Interesseersatzes überhaupt nicht aktuell⁷. Es stellt sich vielmehr die rechtspolitische Frage der Anerkennung der Berechtigung desjenigen Vertrauens in das Zustandekommen des Vertrages, welches sich allein auf die begonnenen Vertragsverhandlungen stützen kann. Ist es möglich, daß bereits in diesem Stadium ein Vertrauen als berechtigt erscheint? Müßte diese Frage bejaht werden, so würde dessen positivrechtlicher Schutz keine Durchbrechung des bestehenden Prinzips des Vertrauensschutzes bedeuten, sondern es würde sich um dessen Erweiterung, Ergänzung im Sinne einer weitergehenden Anerkennung der Vertrauensberechtigung handeln.

1. Schutz des Vertrauens auf das Zustandekommen des Vertrages im Falle des Nichtzustandekommens

a. Problem.

Die Frage, ob in dem Fall, wo die Vertragsverhandlungen abgebrochen werden, die Haftung für c. i. c. denkbar sei, muß unabhängig davon geprüft werden, ob im Falle des Zustande-

⁷ vgl. vorn § 9/I/B/2/e.

kommens⁸ des Vertrages eine Haftung für vorvertragliches Verhalten anerkannt sei. Freilich kommt es nicht darauf an, ob ein Vertrag zustande kommt oder nicht, wenn es sich um einen bestimmten Schaden handelt, der durch ein solches Verhalten verursacht ist. Er ist unbekümmert um das Zustandekommen des Vertrages zu ersetzen, wenn er überhaupt zu ersetzen ist. Und das träfe auch zu für den Fall, daß auch das Vertrauen auf das Zustandekommen des Vertrages geschützt würde: es kann infolge dieses Vertrauens ein Schaden entstehen, der, wenn er zu ersetzen wäre, auch im Falle des Zustandekommens zu ersetzen wäre. Die Haftung für c. i. c., die unser Recht für den Fall des Zustandekommens anerkennt, bezieht sich nun aber auf einen anderen Schaden. Hinsichtlich jedes Schadens, der durch vorvertragliches Verhalten verursacht ist, stellt sich die Frage der Vertrauensberechtigung. Aus diesem Grunde kann in unserem Recht sowieso nicht von einem Rechtsverhältnis der Vertragsverhandlungen gesprochen werden, indem gewisse Pflichten zur Aufklärung und sonstiger Sorgfalt bestünden⁹. Nur insoweit bestehen solche Pflichten, als ihre Verletzung eine Vertrauenserweckung und -täuschung bewirken kann. Und nun fragt es sich, ob auch insofern eine Sorgfaltspflicht anerkannt werden sollte, als das Vertrauen der Gegenpartei auf das Zustandekommen des Vertrages nicht erweckt und getäuscht werden dürfte. Es handelt sich hier aber nicht um ein Problem der Lückenfüllung¹⁰; denn der Wille des Gesetzes ist eindeutig: dieses Vertrauen will es nicht schützen.

b. Lösung des Problems auf Grund des der negativen Interessehaftung zugrunde liegenden Gedankens.

Das negative Interesse ist in allen Richtungen¹¹, in denen es vorkommen kann, durch ein außervertragliches, genauer

⁸ Gemeint sind hier alle Fälle, in denen es mindestens scheinbar zum Abschluß des Vertrages kommt, im Gegensatz zu jenen Fällen, in denen die Vertragsverhandlungen abgebrochen werden.

⁹ a. M. Tuhr I 183; Herz 21, 43 ff.; Stoll 532 ff.

¹⁰ a. M. Herz 51 ff.

¹¹ vgl. vorn § 2/II/B

gesagt, durch ein vorvertragliches Verhalten verursacht. Seine Anerkennung wie sein Umfang hängen nach unserer Rechtsordnung vom Vorhandensein der Widerrechtlichkeit im Sinne der Erweckung und Täuschung eines bestimmten Vertrauens ab. Würde es sich um ein vertragliches Verhalten handeln, so müßte die Frage des negativen Interesses nicht besonders behandelt werden. Jene Widerrechtlichkeit ist stets durch die Verletzung einer Sorgfaltspflicht verursacht. Die Widerrechtlichkeit liegt aber nicht in der Verletzung dieser Pflicht; denn diese Pflicht kann auch verletzt sein, ohne daß damit das Vertrauen der Gegenpartei erweckt und getäuscht würde: jene Widerrechtlichkeit ist nicht denkbar ohne die Verletzung einer solchen Pflicht, nicht aber umgekehrt. Es wäre aber auch die Anerkennung einer solchen vorvertraglichen Pflicht denkbar, deren Verletzung überhaupt keine solche Vertrauenserweckung und -täuschung bewirken könnte¹².

Bei Beantwortung der vorliegenden Frage ist davon auszugehen, daß grundsätzlich jeder damit rechnen muß, daß ein Vertrag, mangels Einigung über die Vertragsbedingungen, nicht zustande kommen wird, sodaß Aufwendungen im Vertrauen auf das Zustandekommen des Vertrages auf eigene Gefahr gemacht werden. Die Vertragsverhandlungen können nun aber durch Erklärungen und Handlungen, die noch nicht den rechtlichen Wert einer Offerte haben, soweit gediehen sein, daß berechtigterweise angenommen werden kann, der Vertrag werde zustande kommen. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn die Hinausschiebung des Vertragsabschlusses als unabhängig vom Willen der Gegenpartei, dagegen abhängig von einem Ereignis erscheint, von welchem nur der Zeitpunkt des Eintritts für ungewiß gehalten wird. Aus diesem Grunde sollte auch der Schutz dieses Vertrauens nicht schlechthin ausgeschlossen werden. Andererseits müßte der Richter bei der Beurteilung der Frage, ob das Vertrauen auf das Zustandekommen des Vertrages berechtigt gewesen sei, sehr streng verfahren. Zweifellos wird in den meisten Fällen diejenige Partei, die infolge dieses Vertrauens einen Schaden erleidet, ihn selber tragen

¹² Z. B. Schweigepflicht über verhandelte Fragen: vgl. vorn § 2/II/B.

müssen, abgesehen freilich von jenem Fall, wo jemand aus Schikane Vertragsverhandlungen eingeht, nur in der Absicht, durch den späteren Abbruch den Gegner zu schädigen.

Die Widerrechtlichkeit der Vertrauenserweckung und -täuschung würde allerdings niemals im Abbruch der Vertragsverhandlungen, im Nichtabschluß des Vertrages an sich, sondern sie könnte nur zugleich darin liegen, daß eine Partei sich grundlos in Vertragsverhandlungen einläßt und diese weiterführt, indem es für sie unter den gegebenen Umständen voraussehbar ist, daß sie den Vertrag nicht abschließen werde, oder die Widerrechtlichkeit könnte darin liegen, daß eine Partei ihr Recht ausübt, obwohl der Gegner unter den gegebenen Umständen hat annehmen dürfen, sie werde den Vertrag abschließen. Widerrechtlich braucht aber nicht unbedingt diejenige Partei zu handeln, die die Vertragsverhandlungen abbricht, den Vertrag nicht abzuschließen bereit ist. Es ist ja durchaus denkbar, daß ihr die Gegenpartei den Abschluß des Vertrages nachgerade unmöglich oder doch unzumutbar macht. Tut sie dies fahrlässig, so soll sie schadenersatzpflichtig werden, sofern die Gegenpartei gutgläubig ist.

Als positivrechtliche Regelung möchte ich folgende Bestimmung vorschlagen: „Wer fahrlässig¹³ das berechtigte Vertrauen¹⁴ der anderen Verhandlungspartei auf das Zustandekommen des Vertrages erweckt und täuscht und sie dadurch schädigt, ist ihr zum Ersatz verpflichtet.“

2. Schutz des Vertrauens auf das Zustandekommen des Vertrages im Falle des abgeschlossenen, bzw. des vermeintlich abgeschlossenen Vertrages

Durch den Schutz des Vertrauens in das Zustandekommen des Vertrages könnten gegebenenfalls auch in den bisher be-

¹³ Im Falle von *dolus* ergibt sich die Haftung ohne weiteres aus OR 41. Für den Fall der Haftung ohne Verschulden: vgl. hinten § 12/I/C/2/c/cc.

¹⁴ Auch hier müßte einerseits geprüft werden, inwieweit der Schaden in berechtigtem Vertrauen entstanden wäre, d. h. bis wann die Gutgläubig-

handelten Fällen der negativen Interessehaftung diejenigen Schadensposten, vor allem Auslagen, berücksichtigt werden, die mit Rücksicht auf den bevorstehenden Vertragsabschluß entstanden sind. Das Vertrauen in das Zustandekommen des Vertrages ist zwar im Falle der Unwirksamkeit des Vertrages nicht getäuscht worden. Aber der Zweck dieses Zustandekommens erfüllt sich nicht.

*B. Umfang des negativen Interesseersatzes im Verhältnis
zum positiven Interesseersatz*

1. Ablehnung der Beschränkung des negativen Interesseersatzes

**a. Absichtliche Täuschung
(dolus causam dans).**

Wir haben den Grund dafür kennengelernt, daß im Falle der absichtlichen Täuschung der Ersatz des negativen Interesses, sofern dieses das positive übersteigt, unter keinen Umständen auf die Höhe dessen Ersatzes beschränkt werden sollte, daß aber, mangels einer entsprechenden Bestimmung, dem Richter diese Entscheidung überlassen bleiben muß¹⁵. Aus diesem Grunde wäre eine positivrechtliche Bindung des Richters in diesem Sinne wünschenswert.

**b. Doloses Verhalten des zum Schadenersatz
Verpflichteten.**

Auch für den Fall des dolosen Verhaltens des zum Schadenersatz Verpflichteten sollte positivrechtlich bestimmt sein, daß die fragliche Beschränkung auf keinen Fall stattfinden dürfe¹⁶.

keit bestanden hätte, und anderseits, wann das Verschulden eingetreten wäre.

¹⁵ vgl. vorn § 10/II/C/1/a.

¹⁶ vgl. vorn § 10/II/C/1/b.

2. Befürwortung der Beschränkung des negativen Interesseersatzes

a. Nichtigkeit.

Der Grund, warum hier die Frage der Beschränkung des negativen Interesseersatzes zu bejahen ist, liegt darin, so habe ich festgestellt, daß der Geschädigte dieses nichtige Geschäft nun einmal abgeschlossen hat und daß ihm aus dessen Dahinfallen kein Vorteil gegenüber der Gültigkeit des Vertrages erwachsen soll. Der Richter sollte daher auf Grund des positiven Rechts dazu verpflichtet sein, im Falle der Nichtigkeit auf keinen Fall mehr ersetzen zu lassen, als der positive Interesseersatz beträgt¹⁷.

b. Relative Nichtigkeit (Einseitige Unverbindlichkeit).

aa. Absichtliche Täuschung (dolus causam incidens).

Derselbe Grund, aus dem ich für den Fall der Nichtigkeit jene Beschränkung als positives Recht fordern möchte, läßt mich hier dieses Postulat aufstellen¹⁸.

bb. Doloses Verhalten des hinsichtlich des Schadenersatzes berechtigten Anfechtungsgegners.

Dieses dolose Verhalten des Anfechtungsgegners sollte — positivrechtlich — zur Folge haben, daß er in jedem Fall nur bis zum Betrag des positiven Interesseersatzes einen Ersatzanspruch hätte¹⁹.

c. Nichtzustandegekommen sein und Nichtzustandekommen des Vertrages.

Hinsichtlich dieser Fälle gelten dieselben Ueberlegungen wie bei der Nichtigkeit²⁰.

¹⁷ vgl. vorn § 10/II/C/2/b/aa.

¹⁸ vgl. vorn § 10/II/C/2/b/bb/aaa.

¹⁹ vgl. vorn § 10/II/C/2/b/bb/bbb.

²⁰ vgl. vorn § 10/II/C/2/b/cc.

C. Haftungsprinzip

1. Problem

Die Widerrechtlichkeit der Vertrauenserweckung und -täuschung ist in vielen Fällen nur bei gleichzeitigem Vorliegen von Schlechtgläubigkeit möglich²¹. Sie scheiden für die Frage, ob unter gewissen Voraussetzungen die negative Interessehaftung ohne Rücksicht auf Verschulden eintreten könne, im vornherein aus. In Betracht fallen nur diejenigen Fälle, in denen jene Widerrechtlichkeit auch ohne Verschulden möglich ist. Die Widerrechtlichkeit der Vertrauenserweckung und -täuschung kann nun nur insofern ohne Verschulden gegeben sein, d. h. nur insofern ist die Frage der Haftung einer Vertragspartei trotz Gutgläubigkeit auf beiden Seiten überhaupt zu prüfen, als eine Vertragspartei, nachdem sie das Vertrauen der Gegenpartei erweckt hat, irgendwie zur Unwirksamkeit, bzw. zum Nichtzustandekommen des Vertrages Anlaß gibt, sei es mangels Vertretungsmacht²², sei es durch die Unfähigkeit ihrer Person oder der von ihr versprochenen Leistung, sei es durch Anfechtung, durch Widerruf der Auslobung²³ oder durch Abbruch der Vertragsverhandlungen, und dadurch das Vertrauen täuscht.

Hinsichtlich dieser Fälle stellt sich nun die Frage, ob die Verschuldenshaftung genügenden Schutz zu leisten vermöge, oder ob vielleicht die veränderten Verkehrsverhältnisse einen weitergehenden Schutz erheischen, und wie dieser gegebenenfalls gegenüber dem Verschuldungsprinzip zu rechtfertigen wäre. Diese Frage wurde hinsichtlich des Irrtums in der Literatur wenigstens zur Diskussion gestellt. Zur Ablehnung einer prinzipiellen Haftung ohne Verschulden wurde für diesen Fall vor allem geltend gemacht, daß zwar infolge der Vervollkomm-

²¹ vgl. vorn § 9/I/B/1/a/aa/aaa/aaaa/bbbbb; bbb/bbbb; ccc; b/bb/aaa; a/aa/bbb/bbbb; 2/a/bb; 2/b/aa; 2/b/bb; 2/b/cc.

²² In diesem Fall stellt sich aber die vorliegende Frage deshalb nicht, weil die Haftung des falsus procurator ohnehin ohne Verschulden eintritt (vgl. hinten § 12/I/C/2/b/aa).

²³ Die Haftung des Auslobenden für das *damnum emergens* tritt aber bereits nach OR 8/II ohne Rücksicht auf das Verschulden ein (vgl. vorn § 9/I/B/2/f und hinten § 12/I/C/2/c/bb).

nung des Uebermittlungsmittels des Telegraphen so selten Fehler vorkämen, daß das Vertrauen auf ein Telegramm schlechtweg²⁴ geschützt sein müsse, daß aber eine reine Verursachungshaftung unter dem Gesichtspunkt der Gefährdung zu unbilligen Resultaten führen könnte; denn der Regelfall sei nicht der, daß sich eine Gefahr verwirkliche, sondern aller Regel nach handle es sich um eine Vertrauenstäuschung^{25 26}.

2. Lösung des Problems

Die Verkehrsverhältnisse änderten sich einerseits in dem Sinne, daß die Frage der negativen Interessehaftung sich immer häufiger stellte; andererseits führte diese Aenderung vor allem dazu, daß immer häufiger Fälle auftraten, in denen die Vertrauenserweckung und -täuschung, d. h. die Verletzung einer vorvertraglichen Sorgfaltspflicht, ohne Rücksicht auf das Verschulden gegeben war. Denken wir nur an die Formfreiheit der Verträge, an den Verkehr mit Post, Telephon und Telegraph. Damit steigerte sich auch das Schutzbedürfnis des gutgläubigen Erklärungsempfängers. Dieser Umstand an sich vermochte aber und vermag auch heute noch kein Abweichen vom Verschuldungsprinzip zu rechtfertigen. Nun müssen wir aber davon ausgehen, daß die Widerrechtlichkeit der Vertrauenserweckung und -täuschung stets in der Verletzung einer objektiven Sorgfaltspflicht²⁷ besteht. Die Verletzung einer Sorgfaltspflicht ist durchaus ohne Verschulden möglich. In diesem Fall bedeutet sie jedoch das Vorliegen einer objektiven „culpa“, ein Verhalten, welches zwar der betreffenden Vertragspartei unter den gegebenen Umständen nicht als Verschulden angerechnet werden kann, von einem objektiven Standpunkt aus ihr

²⁴ d. h. auch ohne Vorliegen von Verschulden auf seiten des Absenders.

²⁵ vgl. Herz 56/57.

²⁶ Ueber die Frage des Haftungsprinzips der negativen Interessehaftung vgl. auch: Rabel 304 ff.; Simonius 285; Stoll 545/546.

²⁷ Pflicht zu objektiv gebotener Sorgfalt: Summe objektiv erforderlicher Vorkehrungen und Unterlassungen.

aber doch eher zu einem Vorwurf gemacht werden muß als die bloße Verursachung eines Schadens²⁸. Dieser Umstand läßt es als ungerecht erscheinen, den Geschädigten den Schaden schlechtweg tragen zu lassen. Andererseits möchte ich daraus nicht den Schluß ziehen, daß ein Gegenkontrahent den Schaden ohne Rücksicht auf Verschulden tragen soll, sondern ich möchte eine Abweichung vom Verschuldungsprinzip nur in dem Sinn befürworten, daß der Richter nicht nur darüber soll entscheiden können, inwieweit ein zu ersetzender Schaden ersetzt werden müsse, sondern daß ihm hinsichtlich dieser Schädigung ohne Verschulden auch die Entscheidung darüber zustehen soll, ob die schädigende Partei überhaupt zur Haftung herangezogen werden soll, in welchem Fall das richterliche Ermessen über das Ausmaß der Haftung völlig frei zu befinden hätte²⁹, um den konkreten Verhältnissen Rechnung tragen zu können.

Eine solche Haftung ohne Verschulden ist deshalb denkbar, weil als haftungsbegründendes Moment der negativen Interessehaftung in unserem Recht die Vertrauensерweckung und -täuschung erscheint, während das Verschulden als bloße Haftungsvoraussetzung zu qualifizieren ist, sofern nicht in ihm überhaupt erst die Voraussetzung der Vertrauensерweckung und -täuschung erfüllt ist. Die in Frage stehende Haftung ohne Verschulden ließe sich nun damit rechtfertigen, daß jede Vertrauensерweckung und -täuschung auf die Verletzung einer objektiven Sorgfaltspflicht zurückzuführen ist.

Die folgende Einteilung habe ich unter dem Gesichtspunkt der Frage vorgenommen, in welcher Weise, d. h. durch welche Pflichtverletzung die Vertrauensерweckung und -täuschung ohne Verschulden herbeigeführt werden könne. In dem nun folgenden Zusammenhang ist es unsere Aufgabe, Grundsätze für die Handhabung dieses weiten richterlichen Ermessens aufzustellen.

²⁸ vgl. Otfinger I 19/20.

²⁹ Jedoch nicht über den negativen Interesseersatz hinaus.

a. Vertrauen in die Wirksamkeit des Vertrages.

aa. Nichtigkeit.

Im Falle der Nichtigkeit des Vertrages kann nur diejenige Partei das Vertrauen der Gegenpartei in die Wirksamkeit des Vertrages ohne Verschulden erwecken und täuschen, die durch ihr Leistungsversprechen die Nichtigkeit des Vertrages bewirkt. In Betracht kommen hier also nur diejenigen Fälle von Nichtigkeit, in denen der Vertrag wegen einer, aber auch nur wegen einer Vertragsleistung nichtig ist. Besonders im Falle der Nichtigkeit des Vertrages wegen Unsittlichkeit braucht dies keineswegs zuzutreffen, aber auch im Falle der Nichtigkeit wegen Unmöglichkeit oder Widerrechtlichkeit. Andererseits kann aber nur in diesen Fällen die genannte Voraussetzung gegeben sein.

aaa. Unmöglichkeit einer Leistung.

aaaa. Ursprüngliche objektive Unmöglichkeit.

Der Schuldner einer ursprünglich und objektiv unmöglichen Leistung könnte unter Umständen, ohne daß ihn ein Verschulden träfe, zum Ersatz des negativen Interesses oder eines Teils dieses Schadens verpflichtet werden.

bbbb. Nachträgliche objektive Unmöglichkeit.

Der Vertrag ist hier zwar gültig zustande gekommen. Er wird aber unter der Voraussetzung von OR 119 durch das Unmöglichwerden einer Leistung aufgehoben. Auch in diesem Fall wird das Vertrauen in die Wirksamkeit des Vertrages erweckt und getäuscht; denn es treten dieselben Wirkungen ein wie im Falle der Nichtigkeit des Vertrages. So wäre es auch im Falle der nachfolgenden objektiven Unmöglichkeit einer Leistung möglich, daß deren Schuldner der Gegenpartei gegenüber ohne Verschulden zum Ersatz des negativen Interesses oder eines Teils desselben verpflichtet würde.

bbb. Widerrechtlichkeit einer Leistung.

Der Fall, wo der Schuldner einer widerrechtlichen Leistung das Vertrauen der Gegenpartei erweckt und täuscht, ohne daß ihn ein Verschulden trifft, ist zwar denkbar, wird aber nicht sehr häufig vorkommen, einerseits angesichts der Tatsache, daß an den Gläubiger ein strenger Maßstab angelegt werden muß bezüglich des Kennensollens der Widerrechtlichkeit, und anderseits mit Rücksicht auf den Umstand, daß an den Schuldner einer widerrechtlichen Leistung hinsichtlich der Gutgläubigkeit noch strengere Anforderungen gestellt werden als an den Gläubiger.

ccc. Unsittlichkeit einer Leistung.

Mit noch größerer Berechtigung ist derjenigen Situation die praktische Bedeutung abzusprechen, wo der Schuldner ohne Verschulden durch das Versprechen einer unsittlichen Leistung das Vertrauen der Gegenpartei in die Wirksamkeit des Vertrages erweckt und täuscht; denn bei Beurteilung der Frage der Gutgläubigkeit ist nicht nur ein viel strengerer Maßstab auf seiten des Schuldners dieser Leistung als auf seiten des Gläubigers anzulegen, sondern schon letzterer wird in den seltensten Fällen als gutgläubig befunden werden³⁰.

bb. Relative Nichtigkeit (Einseitige Unverbindlichkeit).

aaa. Irrtum.

Während die Widerrechtlichkeit der Vertrauenserweckung und -täuschung auf seiten des Anfechtungsgegners nur im Falle von Verschulden gegeben sein kann³¹, so ist sie auf seiten des Irrenden ohne dessen Verschulden denkbar. Im Falle der Berufung auf Irrtum auf Grund von OR 27 ist diese Vertrauenserweckung und -täuschung ohne Verschulden leicht möglich. Bei Irrtum des Anfechtenden im Sinne von OR 26 sollte er auch im Falle der Haftung ohne Verschulden zum vollen Ersatz des

³⁰ vgl. vorn § 9/I/B/1/a/aa/ccc/bbbb.

³¹ vgl. vorn § 9/I/B/1/b/bb/aaa.

negativen Interesses³² verpflichtet werden, liegt doch der Grund der Unwirksamkeit rein nur im subjektiven Bereich des Irrenden.

bbb. Drohung seitens eines Dritten.

Im Falle der Drohung seitens eines Dritten ist es möglich, daß der Bedrohte, obwohl er nicht schuldhaft ist, das berechtigte Vertrauen der Gegenpartei erweckt und täuscht. OR 29/II gibt nun dem Richter die Möglichkeit, aus Rücksichten der Billigkeit den Bedrohten, der den Vertrag nicht halten will, schadenersatzpflichtig zu machen. Der Richter kann also sowohl über das Ob wie über das Wieviel des Ersatzes entscheiden, und zwar ohne Rücksicht auf das Verschulden des Bedrohten. Der Gesetzgeber hat also in dieser Richtung das Postulat der Haftung ohne Verschulden unter den bekannten Voraussetzungen verwirklicht. Es handelt sich hier aber nicht um eine Uebereinstimmung im Ergebnis, sondern auch in der Begründung.

b. Vertrauen darauf, daß der Vertrag zustande gekommen sei.

aa. Mangel der Vertretungsmacht.

Auch im Gebiet dieses Vertrauensschutzes finden wir bereits eine positivrechtliche Anerkennung einer Haftung ohne Verschulden. Während aber OR 29/II nicht differenziert zwischen dem Fall, wo der zur Ersatzleistung Verpflichtete schuldhaft das Vertrauen der Gegenpartei erweckt und getäuscht hat, und dem Fall, wo ihn kein Verschulden trifft, so unterscheidet OR 39 in dieser Hinsicht und knüpft an die beiden Situationen verschiedene Schadenersatzfolgen an³³. Die Widerrechtlichkeit der Vertrauenserweckung und -täuschung liegt hier nicht darin, daß der Schadenersatzpflichtige sich darauf berufen würde, der Vertrag sei nicht zustande gekommen, sondern darin, daß sein Verhalten dazu führt, daß der scheinbar Vertretene sich darauf beruft.

³² Vorbehalten ist freilich die Anwendung der allgemeinen Grundsätze über die Schadenersatzbemessung.

³³ vgl. vorn § 9/I/A/2/a/aa/aaa.

bb. Mangel der Handlungsfähigkeit.

aaa. Mangel der natürlichen Handlungsfähigkeit.

aaaa. Haftung Urteilsunfähiger.

Das OR hat in Art. 54/I für eine solche Handlung des Urteilsunfähigen eine Billigkeitshaftung vorgesehen, die, von einem Willensfähigen vorgenommen, eine unerlaubte Handlung wäre³⁴. Im Falle der Verwirklichung der Haftung ohne Verschulden unter den genannten Voraussetzungen wäre nun die Haftung des Urteilsunfähigen auch für eine solche Erweckung und Täuschung des Vertrauens darauf, daß der Vertrag zustande gekommen sei, gerechtfertigt, die durch einen Willensfähigen bewirkt, keine unerlaubte Handlung wäre, und zwar in dem Sinne, daß sie nicht vom Vorliegen besonderer Billigkeitsgründe nach OR 54/I abhängig gemacht werden müßte.

bbbb. Haftung vorübergehend Urteilsunfähiger.

Würde die Möglichkeit einer negativen Interessehaftung ohne Verschulden anerkannt, so könnte der vorübergehend Urteilsunfähige auch in dem Fall Schadenersatzpflichtig werden, in dem er schuldlos in diesen Zustand geraten ist.

bbb. Mangel der juristischen Handlungsfähigkeit.

Für diesen Fall finden wir keine positivrechtliche Anerkennung einer Haftung ohne Verschulden; denn ZGB 411/II (alt OR 33/III) sieht die Schadenersatzpflicht für den Fall des Verleitens vor, womit zwar nicht nur dolus als Voraussetzung gemeint ist, zum mindesten aber doch Fahrlässigkeit. Aller Regel nach wird unter den Voraussetzungen, unter denen das Vertrauen als berechtigt erachtet wird, auf der Gegenseite Verschulden vorhanden sein, sind doch an das Vorliegen der Gutgläubigkeit sehr strenge Anforderungen gestellt. Sollte aber doch ausnahmsweise die Widerrechtlichkeit der Vertrauenser-

³⁴ vgl. vorn § 9/I/B/2/c/aa.

weckung und -täuschung ohne Verschulden gegeben sein, so müßte der Richter mit Rücksicht darauf, daß das Nichtzustandekommen des Vertrages in der Person des Handlungsunfähigen begründet ist³⁵, das ganze negative Interesse ersetzen lassen.

c. Vertrauen auf das Zustandekommen des Vertrages.

aa. Vertrauen darauf, daß die Bindung an eine Offerte noch bestehe.

Vertraut der Oblat gutgläubig darauf, daß die Bindung an eine Offerte noch bestehe und damit auf das Zustandekommen des Vertrages, so ist es wenigstens nicht ganz ausgeschlossen, daß die Vertrauenserweckung und -täuschung nicht in schuldhaftem Verhalten des Offerenten ihren Grund hat.³⁶ Insofern soll nun der Offerent schadenersatzpflichtig werden können.

bb. Vertrauen in die Bindung an eine Auslobung.

Die Haftung ohne Verschulden, allerdings nur für das *damnum emergens*, ist hier bereits positives Recht (OR 8/II)³⁷. Eine weitergehende Haftung ließe sich aber nicht rechtfertigen.

cc. Vertrauen in das Zustandekommen des Vertrages trotz Fehlens einer Offerte.

Auch wenn sich die Parteien erst in den Vertragsverhandlungen befinden, so kann das Vertrauen in das Zustandekommen des Vertrages doch berechtigt sein, wenn auch nur unter sehr strengen Voraussetzungen. Gerade aus diesem letzteren Grunde wäre aber, wenn für diesen Fall die Gutgläubigkeit positivrechtlich überhaupt anerkannt würde³⁸, die Vertrauenserweckung

³⁵ vgl. vorn § 12/I/C/2/a/bb/aaa.

³⁶ vgl. vorn § 9/I/B/2/e.

³⁷ Ueber die Gründe dieser beschränkten Haftung: vgl. vorn § 9/I/B/2/f.

³⁸ vgl. vorn § 12/I/A/1/b.

und -täuschung häufig durch schuldhaftes Verhalten verursacht. Immerhin wäre diese Widerrechtlichkeit auch ohne Verschulden denkbar, und insofern würde sich nun die Frage stellen, ob und inwieweit eine Haftung ohne Verschulden denkbar wäre.

aaa. Unmittelbarer Abbruch der Vertragsverhandlungen.

Grundsätzlich steht jedermann das Recht zu, solange er noch nicht an eine Offerte gebunden ist, jederzeit vom Vertragsabschluß Abstand zu nehmen. Wer nun aber von diesem Recht Gebrauch macht, obwohl der Vertragsgegner unter den tatsächlichen Voraussetzungen auf das Zustandekommen des Vertrages hat vertrauen dürfen, sollte bei Fahrlässigkeit zum Ersatz des negativen Interesses verpflichtet werden. Wie ist es aber, wenn er dieses Vertrauen erweckt und täuscht, ohne daß ihn ein Verschulden trifft? Der Richter sollte zwar grundsätzlich auch in diesem Fall ermächtigt sein, gegebenenfalls auch ohne Verschulden haften zu lassen, jedoch mit der Maßgabe, daß er in der Anwendung dieser Möglichkeit sehr zurückhaltend sein sollte.

bbb. Mittelbarer Abbruch der Vertrags- verhandlungen.

Wenn eine Verhandlungspartei dadurch die Gegenseite veranlaßt, den Vertrag nicht abzuschließen, daß sie Bedingungen aufstellt, von denen ursprünglich nicht die Rede war und diese Gegenpartei in berechtigtem Vertrauen auf das Zustandekommen des Vertrages bereits Dispositionen getroffen hat, die nunmehr einen Schaden darstellen, so sollte jene unter denselben Voraussetzungen und mit denselben Bedingungen dafür schadenersatzpflichtig werden, wie wenn sie selbst nicht mehr bereit wäre, den Vertrag abzuschließen.

Der juristischen Natur nach würde es sich um eine Haftung aus selbständigen Gründen mit Deliktsähnlichkeit handeln.

II. Uebrigter Schaden infolge c. i. c.

In den hier in Frage stehenden Fällen handelt es sich nicht um eine Vertrauenserrückung und -täuschung bezüglich der Wirksamkeit, bzw. des Zustandekommens des Vertrages; darum können sie auch nicht unter die negative Interessehaftung subsumiert werden. Es stellt sich nun aber die Frage, ob nicht auch in diesen Fällen einer Vertrauensrückung durch Verletzung einer vorvertraglichen Sorgfaltspflicht das Vertrauen als grundsätzlich berechtigt erachtet und somit geschützt werden könne und müsse, indem seine Täuschung als widerrechtlich aufgefaßt würde³⁹. Das haftungsbegründende Moment wäre auch hier die Widerrechtlichkeit der Vertrauensrückung⁴⁰. Der Unterschied dieser Fälle der c. i. c. gegenüber denjenigen des negativen Interesses besteht allein darin, daß sich jene entweder auf den Fall der Gültigkeit des Vertrages beziehen oder weder mit dessen Wirksamkeit noch mit dessen Zustandekommen etwas zu tun haben.

A. Culpa in contrahendo bei Gültigkeit des Vertrages

Für alle Fälle, in denen bei Gültigkeit des Vertrages ein Schaden auf eine c. i. c., d. h. auf die Verletzung einer vorvertraglichen Sorgfaltspflicht, wodurch das Vertrauen der Gegenpartei getäuscht worden ist, zurückzuführen ist und nicht bereits nach den Grundsätzen über die Nicht-, bzw. die Schlechterfüllung (Haftung auf Grund von Rechts- und Sachmängeln⁴¹, auf Grund positiver Vertragsverletzung⁴²) oder nicht auf Grund positiver Bestimmung bereits ein Schutz besteht (Haftung bei Genehmigung fehlerhafter Rechtsgeschäfte⁴³), sollte positivrechtlich ein solcher geschaffen werden; diese Haftung müßte

³⁹ Diese Widerrechtlichkeit wäre auch ohne das Vorliegen von Verschulden möglich (vgl. vorn § 12/I/C/1).

⁴⁰ vgl. vorn § 12/I/C/2.

⁴¹ vgl. vorn § 9/II/B/2/b/aa; Planck II/1, S. 190 ff.

⁴² vgl. vorn § 9/II/B/2/a/bb.

⁴³ vgl. vorn § 9/I/B/1/b/bb/bbb.

unter denselben Voraussetzungen und mit derselben Maßgabe wie die negative Interessehaftung auch ohne Verschulden eintreten⁴⁴.

B. Culpa in contrahendo, die weder mit der Wirksamkeit noch mit dem Zustandekommen des Vertrages etwas zu tun hat

Auch in den hier in Betracht kommenden Fällen sollte das positive Recht den durch Täuschung eines berechtigten Vertrauens Geschädigten schützen⁴⁵, und zwar so wie den im Sinne des negativen Interesses Geschädigten.

⁴⁴ vgl. vorn § 12/I/C/2.

⁴⁵ vgl. vorn § 2/II/B/2.

Lebenslauf

Ich wurde am 12. Januar 1924 geboren. Ich bin Bürger von Zürich und Beringen (Kt. Schaffhausen). Nach dem Besuch der Primar- und der Sekundarschule trat ich 1939 in die Maturitätsabteilung der Kantonalen Handelsschule Zürich ein. Nach dem Erwerb des Reifezeugnisses im Jahre 1943 begann ich das Rechtsstudium an der Universität Zürich. Da ich die militärischen Kaderschulen jeweils in den Semesterferien absolvieren konnte, war es mir möglich, nach sechs Semestern meine Dissertation abzuschließen. Während des Besuchs der weiteren zwei Semester und in der Folgezeit war ich ununterbrochen am Bezirksgericht Zürich tätig, zunächst als Auditor und seit Ende 1947 als Substitut. Nachdem ich die erforderliche Semesterzahl erreicht hatte, unterzog ich mich den Prüfungen, die ich im Herbst 1948 abgeschlossen habe.

